شرح مختصر القدوري

للإمام العلامة أحمد بن محمد بن محمد البغدادي الحنفي

أبي نصر الأقطع

«ت ٤٧٤ هـ» رحمه الله تعالى

تلميذ الإمام القدوري

موسوعة في الفقه المقارن تنشر لأول مرة

ومعه

تقريب الغريب شرح غريب الأحاديث الواقعة في شرح أبي نصر الأقطع

للحافظ قاسم بن قطلوبغا الحنفي

تحقيق

محمد بن سيد بن عبد الفتاح درويش

المجلد الرابع

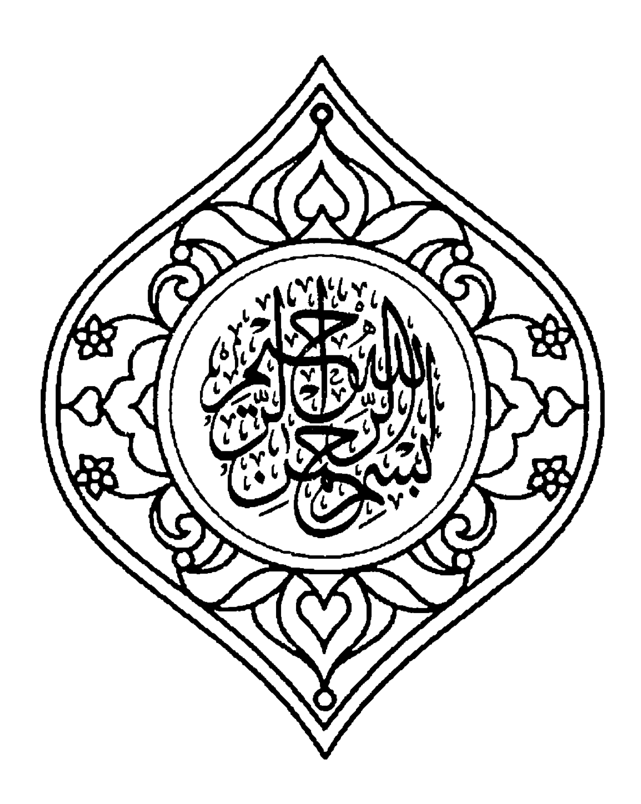
الحجر - الإقرار - الإجارة - الشفعة - الشركة - المضاربة - الوكالة - الكفالة - الحوالة - الصلح - الهبة - الوقف - الغصب
الوديعة - العارية - اللقيط - اللقطة - الخنثى - المفقود - الإباق - إحياء الموات - المأذون - المزارعة - المساقاة

دار المنهاج القويم

علم ينتفع به

شرح مختصر القدوري

٤





دار المنهاج القويم

علم ينتفع به

الطبعة الأولى

١٤٤٤ هـ - ٢٠٢٣ م

دار المنهاج القويم للنشر والتوزيع

لصاحبها براء فاروق كريم

وفقه الله تعالى

الجمهورية العربية السورية

دمشق - حلبوني - جادة ابن سينا - بناء الشلاح

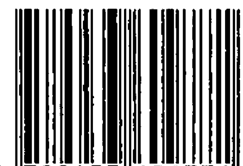
هاتف : 2235402 - فاكس : 2242340 - ص.ب : 31446

جوال : 00963944272501 - العلاقات العامة : 00963947320948

عضو في الاتحاد العام للناشرين العرب - عضو في اتحاد الناشرين السوريين

الرقم المعياري الدولي

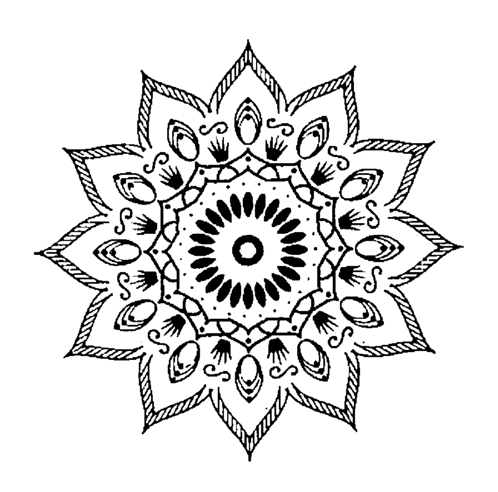
ISBN : 978-9933-609-77-1

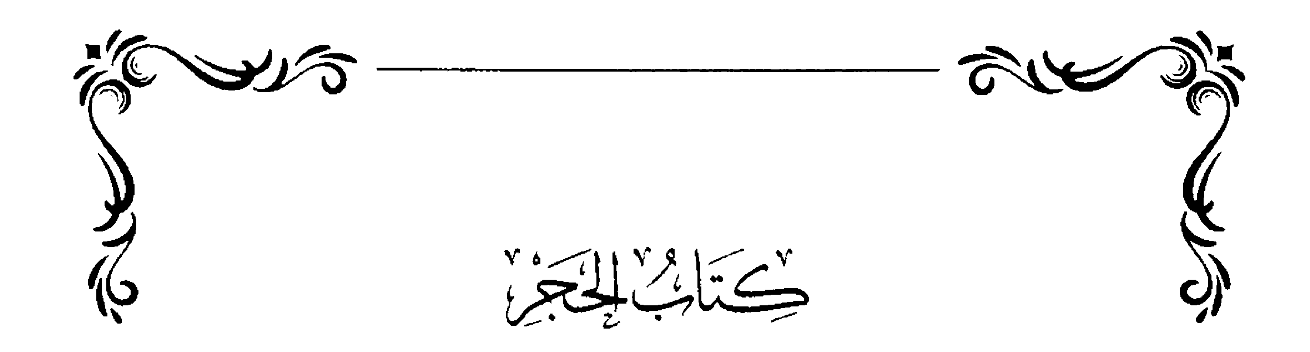


Email : darminhagkawem@hotmail.com

Email : darminhagkawem@gmail.com

كِتَابُ الحَجْرِ





كتاب الحجر

الحجرُ في اللغةِ: هو المنْعُ، وإطلاقُه في الشريعةِ يتناوَلُ المنْعَ على وجْهٍ مخصوصٍ.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **الأسبابُ التي (1)تُوجِبُ الحَجْرَ(1) ثلاثةٌ(2)؛ الصِّغَرُ، والرِّقُّ، والجُنُونُ.**

والدليلُ على ذلك قولُه تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء:٦]. فمنَع مِن دفْعِ المالِ إلا بعْدَ البلوغِ وإيناسِ الرشدِ، وهذا الشرطُ معدومٌ مع وجودِ الصِّغَرِ والجنونِ، وقال النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ؛ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ(3)، وَعَنِ المَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ(4)». وظاهِرُه يقْتَضِي أن لا يتعلَّقَ بأقوالِه حُكْمٌ.

فأمَّا الرِّقُّ فليس بِحَجْرٍ في الحقيقةِ؛ لأن العبدَ لا يَمْلِكُ شيئًا؛ وإنما هو ممنوعٌ مِن التصرُّفِ في مالِ المَوْلَى، والمنْعُ مِن التصرُّفِ في مالِ الغيرِ لا يُسمَّى

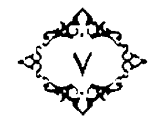
(١-١) في (ج، ض٢، ي): «الموجبة للحجر».

(٢) من (ج، ح، ض٢، ق، ي، ونسخة مختصر القدوري).

(٣) في (ي): «يبلغ».

(٤) بعده في (أ٢): «وعن النائم حتى ينتبه»، وفي (ي) «وعن النائم حتى يستيقظ».

والحديث تقدَّم تخريجه في «كتاب الصوم» من حديث عائشة.



حَجْرًا، أصلُه سائرُ الأحرارِ إلا أنه لما لم تَصِحَّ عقودُه، ولم يُقْبَلْ إقرارُه مطلقًا جُعِل بمنزلةِ المحجورِ عليه؛ ولأنه مُوَلًّى عليه كالصغيرِ.

قال: ولا يَجوزُ تصرُّفُ الصغيرِ[1] إلا بإذْنِ وَلِيِّه.

وهذا الذي ذكرَه صحيحٌ إذا كان الصبيُّ يَعْقِلُ البيعَ والشراء فأَذِن له وَلِيُّه جاز بيعُه.

وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ[2].

دليلُنا: قولُه تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ﴾ [النساء:٦]. والابتلاءُ هو الاختبارُ، وذلك يكونُ بأن يُمَكِّنَه مِن التصرُّفِ في المالِ حتى يَعْلَمَ أنه مُصْلِحٌ حافِظٌ أو مُفسِدٌ، فدَلَّ على جوازِ الإذنِ؛ ولأن مَن يَعْقِلُ الشراءَ والبيعَ ينعقِدُ بيعُه كالبالغِ، ولا يَلْزَمُ إذا لم يَأْذَنْ له؛ لأن عندَنا ينعقِدُ بيعُه[3].

فإن قيل: لو كان يَصِحُّ إذنُه له فيما يَمْلِكُه بولايتِه لكان ما لا يَمْلِكُه بولايتِه يَصِحُّ مِن الصبيِّ، كما أن العبدَ لمَّا صحَّ تصرُّفُه بإذنِ مولاه فيما يَمْلِكُه، صحَّ تصرُّفُه فيما لا يَمْلِكُه المولى منه كالطلاقِ، والإقرارِ بالجنايةِ، والحدودِ.

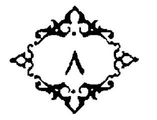
قيل له: العبدُ غيرُ محجورٍ عليه في الطلاقِ، والإقرارِ بالجنايةِ، والحدِّ[4]،

(١) في (ج، غ، ل، ي): «الصبي».

(٢) ينظر: «الحاوي» (٥/ ٣٦٨)، و«المهذب» (٢/ ١٢٦)، و«نهاية المطلب» (٦/ ٤٣١).

(٣) ينظر: «الأصل» (٨/ ٥٠٧)، و«البناية» (١١/ ٩٧)، و«البحر الرائق» (٥/ ٢٧٩).

(٤) في (ل، ي): «الحدود».



فتصرُّفُه فيها كتصرُّفِ الحرِّ، والصبيُّ محجورٌ عليه[1] في جميعِ ذلك؛ وإنما يستفيدُ التصرُّفَ بالإذنِ فيما ملَكه الوليُّ[2] عليه صحَّ إذنُه له فيه، وما لا يَمْلِكُه عليه هو على ما كان عليه قبْلَ الإذنِ، و[3]لأنا إنما[3] نُجَوِّزُ تصرُّفَه بالإذنِ لِيعتادَ التصرُّفَ فينتفِعَ بذلك بعْدَ بلوغِه، كما يُعَوِّدُه[4] العباداتِ ليألَفَها فيسْهُلَ فِعْلُه لها بعْدَ بلوغِه، وليس في تصرُّفِه في الطلاقِ فائدةٌ يَحْصُلُ له بعْدَ البلوغِ، فلذلك لم يَجُزْ تصرُّفُه فيه.

قال: ولا يَجوزُ تصرُّفُ المجنونِ المغلوبِ[5].

وذلك لأن العقودَ لا بُدَّ فيها مِن القصدِ بدليلِ قولِه تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ﴾ [النساء:٢٩]. وذلك لا يُوجَدُ مع الجنونِ؛ ولأنه إذا لم يُوجَدِ القصدُ منه صار كالهازلِ.

قال: ولا تصرُّفُ[6] العبدِ إلا بإذنِ سيِّدِه.

وذلك لأن العبدَ مكلَّفٌ صحيحُ القولِ؛ وإنما مُنِع مِن التصرُّفِ لحقِّ مولاه؛ لأنه لو جاز تصرُّفُه تعلَّقتِ الديونُ برقبتِه، وهي للمَوْلى فمُنِع مِن ذلك لحقِّه، فإذا أَذِن له[7] في التصرُّفِ[8] جاز؛ لأنه أسقَط حقَّه، وقد دلَّ على جوازِ الإذنِ

---

(١) من (ج، غ، ل، ي). (٢) في (س، ي): «المولي».

(٣-٣) في (س): «لأنه».

(٤) في (ح، ي): «نعوده»، وفي (س): «يعود»، ورسمت في (غ) بغير نقط.

(٥) بعده في (ج، س): «بحال».

(٦) في (ج، غ، ل، ي): «يجوز تصرف»، وفي (ح، ض): «يتصرف».

(٧) من (ج، غ، ل، ي). (٨) بعده في (س): «له».

فـي التجـارةِ أن النبيّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كان يُجيبُ دعوةَ المملـوكِ»[1]، ومعلومٌ أنه لم يُجِبْ دعوةَ المحجورِ، فعُلِم أنه أجاب دعوةَ المأذونِ، ورُوِي: «أنه كان للعبَّاسِ عشرون عبدًا؛ كلُّ واحدٍ منهم يَتَّجِرُ له في مالٍ كثيرٍ»[2].

قال: ومَن باع من هؤلاء شيئًا أو اشتراه وهو يَعْقِلُ البيعَ فالوَلِيُّ بالخيارِ؛ إن شاء أجازه إذا كان فيه مصلحةٌ، وإن شاء فسَخه.

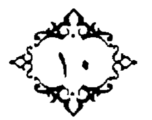
وهـذه المسـألة مبنيةٌ على أن البيعَ يَقِفُ على الإجازةِ وقـد دَلَّلْنا على ذلك، فإذا باع واحدٌ مِن هؤلاء وقَف على مَن يَمْلِكُ الإجازةَ، فأما ما ذكَرْنا مِن الشراءِ فصحيحٌ أيضًا، والأصلُ فيه أن الشراءَ عندَنا لا يَقِفُ في حقِّ غيرِ هؤلاءِ؛ لأن العقدَ إنما يَقِفُ إذا لم يَجِدْ نفاذًا، والشراءُ يَلْزَمُ العاقدَ ثم ينتَقِلُ مِن جهتِه، فإذا كان بغيرِ أَمْرٍ نفَذ على العاقدِ فلَزِمه ولم يَقِفْ، والشراءُ في حقِّ هؤلاءِ لم يَجِد نفاذًا فوقَف؛ ألا ترى أن العاقدَ لا يَلْزَمُه العقدُ بقولِه فصار مِن هذا الوجهِ بمنزلةِ البيعِ، فوقَف على رأيِ الوَلِيِّ[3] الذي ينعقِدُ[4] العقدُ بقولِه.

(١) أخرجه الترمذي (١٠١٧)، وابن ماجه (٢٢٩٦، ٤١٧٨) من طريق مسلم الأعور، عن أنس.
قال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث مسلم، عن أنس، ومسلم الأعور يُضَعَّف، وهو مسلم بن كيسان الملائي، تُكُلِّمَ فيه، وقد روى عنه شعبة، وسفيان».
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٠): «الدَّعوة مثلثة الدال المهملة: ما يدعى إليه من طعام وشراب، فبالضم عن قطرب، وبالكسر لعدي بن الرباب، وسائر العرب يفتحون، وخص اللحياني الدعوة بالوليمة».

(٢) ينظر: «مستدرك الحاكم» (٣/ ٣٢٤).

(٣) في (ج، س، ي): «المولي».

(٤) في (ج، ل، ي): «ينفذ»، وفي (س): «يتعلق».



قال: وهذه المعاني الثلاثةُ توجِبُ الحَجْرَ في الأقوالِ دُونَ الأفعالِ، والصبيُّ والمجنونُ لا تَصِحُّ عقودُهما ولا إقرارُهما، ولا يَقَعُ[1] طلاقُهما ولا عَتاقُهما، وإن أَتْلَفا شيئًا لَزِمهما ضمانُه.

وذلك لأن ضمانَ الإتلافِ لا يَقِفُ على القصدِ؛ ألا تَرى لو أن نائمًا انقلَب على شيءٍ فأَتْلَفه ضَمِن، ولو كان لرجلٍ حائطٌ مائلٌ إلى الطريقِ فطُولِب بنقْضِه، فلم يَنْقُضْه حتى وقَع على إنسانٍ لَزِمه الضمانُ، وليس في فِعْلِ الصبيِّ والمجنونِ أكثرُ مِن عدمِ القصدِ؛ وذلك لا يؤثِّرُ في إسقاطِ الضمانِ فلَزِمهما؛ وإنما يؤثِّرُ فيما يسقُطُ بالشبهةِ مِن أفعالِهما مثلُ الحدودِ والقصاصِ؛ لأنه عقوبةٌ وليسا مِن أهلِ العقوبةِ فسقَط ذلك في حقِّهما، فأما تأثيرُه في الأقوالِ فقد بيَّنَّاه.

قال: فأما العبدُ فأقوالُه نافذةٌ في حقِّ نفْسِه، غيرُ نافذةٍ في حقِّ مولاهُ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿بَلِ ٱلْإِنسَٰنُ عَلَىٰ نَفْسِهِۦ بَصِيرَةٌ﴾[القيامة: ١٤]. قيل في التفسير، معناه: شاهِدًا[2]؛ ولأنه مكلَّفٌ فلَزِمه إقرارُه كالحرِّ، وإنما لا يَصِحُّ في حقِّ[3] المولى؛ لأن إقرارَ الإنسانِ لا يُقبَلُ على[4] غيرِه إلا بولايةٍ، ولا ولايةَ للعبدِ على المولى.

قال: فإن أقرَّ بمالٍ لَزِمه بعدَ الحريةِ، ولم يَلْزَمْه في الحالِ.

وذلك لأنا لو أَلْزَمْناه في الحالِ لم يَخْلُ إما أن يكونَ في كسبِه أو في رقبتِه،

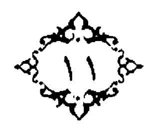
---

(١) في (ج، غ، ل، ي): «يصح».

(٢) ينظر: «تفسير الطبري» (٢٣/ ٤٩٤)

(٣) بعدها في (س): «المملوك».

(٤) في (ي): «في حق».



وكلاهما للمَولى فلا يستَحِقُّ بإقرارِه، فلم يَبْقَ إلا أن يَلْزَمه بعْدَ الحريةِ، ويكونَ بمنزلةِ فقيرٍ عليه دينٌ.

قال: فإن أَقَرَّ بحَدٍّ أو قِصاصٍ لَزِمه[1].

وقال زفرُ: لا يَصِحُّ إقرارُه إذا كان محجورًا عليه[2].

وجْهُ قولِهم: أن العبدَ إنما لا ينفُذُ إقرارُه لما يَلْحَقُه مِن التهمةِ في حقِّ مولاه، وهو غيرُ متهمٍ في الإقرارِ بما يُوجِبُ العقوبةَ على نفْسِه، فينفُذُ إقرارُه به كالحُرِّ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن إقرارَه يتعلَّق به إتلافُ مالِ المولَى فلا يَصِحُّ كما لو أقرَّ بدَيْنٍ، وهذا يَبْطُلُ به إذا أَقَرَّ بالردةِ فإنه يُقْبَلُ مع وجودِ المعنى الذي ذَكَرُوه.

قال: وينفُذُ طلاقُه.

لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كُلُّ طَلَاقٍ جَائِزٌ إِلَّا طَلَاقَ الصَّبِيِّ وَالمَعْتُوهِ»[3]. ولأنه مكلَّفٌ فوقَع طلاقُه كالحرِّ.

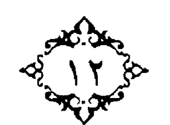
---

(١) بعده في (ي): «في الحال».

(٢) ينظر: «الهداية» (٤/ ٤٥٣)، و«البناية» (١١/ ١٣٠)، و«البحر الرائق» (٨/ ٣٥٨).

(٣) غريب بهذا اللفظ. والحديث أخرجه الترمذي (١١٩١) من طريق عطاء بن عجلان، عن عكرمة بن خالد المخزومي، عن أبي هريرة مرفوعًا، بلفظ: «كل طلاق جائز؛ إلا طلاق المعتوه المغلوب على عقله». قال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث عطاء بن عجلان، وعطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث». ينظر: «نصب الراية» (٤/ ١٦١)، و«فتح الباري» (٩/ ٣٩٣).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٠): «المعتوه: المصاب بعقله، وقد عته فهو معتوه. وقال في المغرب: المعتوه الناقص العقل، وقيل: المدهوش من غير جنون. وقد عَتِه عَتَهًا وعَتَاهَةً وعَتَاهِيَةً». ينظر: «المغرب» (٢/ ٤٢).



قال: وقال أبو حنيفةَ: لا يُحْجَرُ على السفِيهِ إذا كان عاقلًا بالغًا حرًّا، وتصرُّفُه جائزٌ في مالِه، وإن كان مُبذِّرًا مُفسِدًا يُتْلِفُ مالَه فيما لا غَرَضَ له فيه ولا مصلحةَ، إلا أنه قال: إذا بلَغ الغلامُ غيرَ رشيدٍ لم يُسلَّمْ إليه مالُه حتى يبلُغَ خمسًا وعشرينَ سنةً، فإن تصرَّفَ فيه قبْلَ ذلك نفَذ تصرُّفُه، وإذا بلَغ خمسًا وعشرينَ سنةً سُلِّم إليه مالُه، وإن لم يُؤْنَسْ منه الرشدُ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يُحْجَرُ على السفيهِ، ويُمْنَعُ مِن التصرُّفِ في مالِه، فإن باع لم ينفُذْ بيعُه، وإن كان فيه مصلحةٌ أجازه الحاكِمُ، وإن أعتق عبدًا[1] نفَذ عتقُه، وكان على العبدِ أن يسعَى في قيمتِه، وإن تزوَّجَ امرأةً جاز نكاحُه، وإن سمَّى لها مهرًا جاز منه مقدارُ مهْرِ مثلِها وبطَل الفضلُ[2]، وقالا فيمَن بلَغ غيرَ رشيدٍ: لا يُدْفَعُ إليه مالُه أبدًا حتى يُؤْنَسَ [3]منه الرشدُ[3]، ولا يَجوزُ تصرُّفُه فيه.

أما السفيهُ فلا يُحجرُ عليه عند أبي حنيفةَ، لقولِه تعالى: ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ [البقرة:٢٨٢]. ثم قال: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا﴾ [البقرة:٢٨٢]. فأجاز مداينةَ السفيهِ، ورُوِي أنه قيل للنبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إن فلانًا لا يشتَرِي شيئًا إلا غُبِن فيه، فاحْجُرْ عليه. قال: «لَا، وَلَكِنِ اشْتَرِ وَقُلْ: لَا خِلَابَةَ[4]». ولأنه جائزُ القولِ

(١) في (أ، أ٢، ح٢، ر، س، ض، ض٢، ع): «عبده».

(٢) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٧٨)، و«البناية» (١١/ ٨٨)، و«ملتقى الأبحر» (ص ٥٢).

(٣-٣) في (ي): «رشده».

(٤) الخلابة: الخديعة. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص١١١).

=



في الحدودِ، كذلك في الديونِ كغيرِ المحجورِ.

وجْهُ قولِهما: ما رُوِي: «أن عليًّا رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ قال لعثمانَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: احْجُرْ على عبدِ اللَّهِ بنِ جعفرٍ»[1]. وهذا يدُلُّ على جوازِ الحجْرِ في الشرعِ؛ ولأنه غيرُ عالمٍ بمصالحِ نفْسِه فجاز الحجْرُ عليه كالمجنونِ.

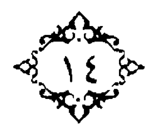
وإذا ثبَت مِن أصلِ أبي حنيفةَ أنه لا يُحْجَرُ عليه نفَذ تصرُّفُه كغيرِ السفيهِ؛ وأما على قولِهما فيُحْجَرُ عليه ويُمنَعُ مِن التصرُّفِ، فإن تصرَّف بعدَ الحجْرِ وقَف على رأْيِ القاضِي؛ فإن كان فيه مصلحةٌ أجازه؛ لأن المنْعَ لحقِّه، فإذا رأَى له فيه[2] مصلحةً أجازه، وإن أعتَق عبدًا نفَذ عتقُه، وكان على العبدِ أن يَسْعَى في قيمتِه في روايةِ الأصولِ عنهما؛ لأن العبدَ[3] على ملكِه، وإنما مُنِع من التصرُّفِ فيه لثبوتِ حقِّ الغيرِ فيه، فإذا أعتَق نفَذ عتقُه ووجبتِ السِّعايةُ، كالمريضِ إذا أعتَق عبدًا لا مالَ له غيرُه أو لا يَخْرُجُ مِن ثلثِه، وكالراهنِ إذا أعتَق وهو معْسِرٌ.

والحديث أخرجه أبو داود (٣٥٠١)، والترمذي (١٢٥٠)، والنسائي (٤٤٩٧)، وابن ماجه (٢٣٥٤) من حديث أنس. قال الترمذي: «حديث حسن صحيح غريب». وأصله في البخاري (٢١١٧)، ومسلم (١٥٣٣) من حديث ابن عمر: «أن رجلًا ذكر للنبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أنه يخدع في البيوع، فقال: «إذا بايعت فقل: لا خلابة».

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٥١٧٦)، وابن المنذر (٨٣٨٣)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (١٢/ ٣٤٠)، والدارقطني (٤٥٥٢)، والبيهقي (٦/ ٦١). ينظر: «العلل ومعرفة الرجال» (٥٦٣٠)، و«البدر المنير» (٦/ ٦٧٧-٦٧٩)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٤٣، ٤٤).

(٢) من (ج، غ، ل، ي).

(٣) في (ح، س، ض): «العقد».



وقد رُوِي عن محمدٍ: أنه رجَع عن ذلك، وقال: لا سِعايةَ على العبدِ؛ لأن السعايةَ تَلْزَمُ لتعلُّقِ حقِّ الغيرِ بمالِ المعتِقِ، ولا حقَّ لأحدٍ في مالِ السفيهِ فلم يَلْزَمْه السعايةُ[1].

وأما إذا تزوَّج امرأةً فنكاحُه جائزٌ؛ لأن النكاحَ لا يدخُلُ تحتَ الحجْرِ؛ إلا أنه يَجوزُ مِن الصداقِ قدْرُ مهرِ المثلِ؛ لأنه حصَل له عِوَضُ ذلك القدْرِ وتَبْطُلُ الزيادةُ، كما قالوا في المريضِ إذا تزوَّج وسمَّى أكثرَ مِن مهرِ المثلِ أن الزيادةَ تسقُطُ، فأما طلاقُه وخُلْعُه فجائزٌ؛ لأنه طلاقٌ مِن مكلَّفٍ صادَف ملكَه فصار كغيرِ السفيهِ.

وأما الغلامُ إذا بلَغ غيرَ رشيدٍ فوجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: قولُه تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام:١٥٢]. ومِن حُكْمِ الغايةِ أن يكونَ ما بعدَها بخلافِ ما قبْلَها، فاقْتَضى أن لا يَجوزَ تصرُّفُ الوَصِيِّ بعدَ الأشُدِّ، وعن عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ: «بلوغُ الأشُدِّ: خمسةٌ وعشرونَ سنةً»[2]. وهذا

---

(١) ينظر: «المبسوط» (٢٤/ ١٦٧)، و«الهداية» (٣/ ٢٧٩)، و«البناية» (١١/ ١٠٠).

(٢) ينظر: «مشكل الآثار» (٥/ ٢١٤).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٠- ١٨٢): «الأشُد: قال في المغرب: في معنى القوة، جمع شدة، كأنعم في نعمة، على تقدير حذف الهاء، وقيل: لا واحد لها، وبلوغ الأشد بالإدراك، وقيل: يؤنس منه الرشد مع أن يكون بالغًا، وآخره ثلاث وثلاثون سنة، والاستواء أربعون. انتهى. وحكى ابن عطية في تفسيره، فقال: واختلف الناس في الأشد، فقال الشعبي، وزيد بن أسلم: البلوغ إذا كتب عليه السيئات وله الحسنات، وقال ابن إسحاق: ثمانية عشر عامًا. وقيل: عشرون عامًا. وقال ابن عباس، وقتادة: ثلاثة وثلاثون عامًا. وقال الجمهور من النظار: ستة وثلاثون. وقال هلال بن يساف، وغيره: أربعون. وأقوى الأقوال: =

لا يُعْلَمُ إلا مِن طريقِ التوقيفِ.

وجْهُ قولِهما، وهو قولُ الشافعيِّ[1]: إن اللَّهَ تعالى أباح الدفْعَ بشرطٍ، وهو إيناسُ الرشدِ فلا يَجوزُ قَبْلَه.

قيل له: الفاءُ للتعقيبِ فاقتَضى دليلُ الشرطِ أن لا يُدْفَعَ إليه المالُ عَقِيبَ البلوغِ إذا لم يُؤْنَس منه الرشدُ؛ وكذلك نقول.

فإن قيل: غيرُ مصلحٍ لمالِه فوجَب أن يُمْنَعَ منه كما قبْلَ خمسةٍ وعشرينَ سنةً.

قيل له: ما قبْلَ ذلك صلاحُه منتظرٌ فكان في المنْعِ فائدةٌ، وبعدَ خمسةٍ وعشرينَ لا يُنتظَرُ صلاحُه في الغالِبِ فلم يكن في المنْعِ فائدةٌ[2] إلا الحجرُ؛ وذلك لا يَجوزُ على الحرِّ البالغِ العاقلِ.

وقد قال أصحابُنا: إذا بلغ فاسقًا مُصلِحًا لماله دُفِع إليه[3]. وقال الشافعيُّ: إذا كان مرتكِبًا لمعصيةٍ تَقْدَحُ في شهادتِه لم يُدْفَعْ إليه[4].

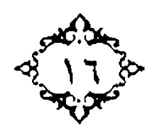
ستة وثلاثون. انتهى في الأحقاف. وقال في تفسير سورة يوسف عليه السلام: الأشُد: استكمال القوة، وهما أشدان؛ أولهما البلوغ، وقد عبر عنه مالك، وربيعة: بأشد، وذكره منذر بن سعيد. والثاني: الذي تستعمله العرب، وقيل: هو ثماني عشرة سنة، إلى ستين سنة. وهذا قول ضعيف. وقيل: ثلاث وثلاثون. وهذا أظهر الأقوال فيما نحسبه، وهو الأسوغ. وقيل: عشرون سنة. وهذا قول ضعيف. قلت: تأمل ترجيحه في الموضعين». ينظر: «المحرر الوجيز» (٣/ ٢٣١) (٥/ ٩٧)، و«المغرب» (١/ ٤٣٤).

(١) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٣٥٤)، و«المهذب» (٢/ ١٣٢)، و«نهاية المطلب» (٦/ ٤٣٩).

(٢) من (ج، غ، ل، ي).

(٣) ينظر: «التجريد» (٦/ ٢٩٢٠)، و«العناية» (٩/ ٢٦٨)، و«البناية» (١١/ ١٠٧).

(٤) ينظر: «نهاية المطلب» (٦/ ٤٣٨)، و«بحر المذهب» (٥/ ٣٩١)، و«روضة الطالبين» (٤/ ١٨١).



لنا: قولُه تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ﴾ [النساء:٦]. فذكَر رشدًا واحدًا؛ لأنه نكرةٌ في الإثباتِ فظاهرُه [1]أنه إذا[1] كان رشيدًا في عقلِه أو في مالِه جاز دفْعُه إليه[2]، ولأنه مصلِحٌ لمالِه فوجَب أن لا يُمْنَعَ مِن ملكِه كما لو كان رشيدًا في دِينِه؛ ولأن مَن كان مُصلِحًا لمالِه لا يُمنَعُ منه لدِينِه، أصلُه الكافرُ.

فإن قيل: قال اللَّهُ تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء:٥]. والفاسِقُ سَفِيهٌ.

قيل له: ظاهِرُ الآيةِ يقتَضِي المنْعَ مِن دفْعِ أموالِنا إلى السفهاءِ.

وقد رُوِي عن بعضِ السلفِ ما يؤيِّدُ ذلك أنه قال: «ثلاثةٌ يُدْعَون فلا يُستجابُ لهم؛ رجلٌ له امرأةٌ سَيِّئةُ الخُلُقِ فلم يُطلِّقْها، ورجلٌ أَعْطى مالَه سفيهًا، وقد قال اللَّهُ تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُواْ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾ [النساء:٥]، ورجلٌ دايَنَ رجلًا فلم يُشْهِدْ عليه»[3].

قال: وتُخْرَجُ الزكاةُ مِن مالِ السفيهِ، ويُنْفَقُ[4] على أولادِه، وزوجتِه، ومَن تَجِبُ نفقتُه[5] مِن ذَوِي أرحامِه.

وهذا الذي ذكَره ظاهرٌ على قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنه مُسلِمٌ غيرُ محجورٍ عليه وجبَتْ عليه الزكاةُ والنفقةُ فيُخْرَجُ مِن مالِه، وعلى قولِهما هو محجورٌ عليه في

---

(١) في (ح، س، ض، ع، غ): «أنه». (٢) من (ج، غ، ل، ي).

(٣) يروى هذا عن أبي موسى: أخرجه ابن أبي شيبة (١٧٤٢٩)، وابن المنذر (٨٣٨٠).

(٤) بعده في (ج، ي): «من ماله».

(٥) في (غ، ل، ي): «عليه نفقته»، وبعده في (نسخة مختصر القدوري): «عليه».



جميعِ التصرُّفاتِ؛ إلا أن ما يَجِب عليه مِن الحقوقِ يُخْرِجُها مَن يَلِي عليه، ولا تسقُطُ حقوقُهم بسفهِه[1].

قال: فإن أراد حَجَّةَ الإسلامِ لم يُمْنَعْ منها، ولا يُسلِّمُ القاضِي النفقةَ إليه، ويُسلِّمُها إلى ثقةٍ مِن الحاجِّ يُنْفِقُها عليه في طريقِ الحجِّ.

وذلك لأنه فرْضٌ لَزِمه فلا يُمنَعُ منه كالزكاةِ، فأما تسليمُ المالِ إلى الثقةِ، فلأنَّا لو سلَّمْناه[2] إليه أَتْلَفه وبَقِي الفرْضُ عليه، فكان الأَوْلى تسليمَها إلى مَن يُنفِقُها عليه.

قال: فإن مَرِض فأَوْصَى في القُرَبِ، وأبوابِ البِرِّ، والخيرِ، جاز ذلك مِن ثُلُثِه[3].

وذلك لأنه مُنِع مِن الصدقةِ حالَ الصحةِ لجوازِ أن يَقْصِدَ إتلافَ مالِه ويَبْقَى فقيرًا، فأما في حالِ المرَضِ فالظاهِرُ أنه يَقْصِدُ القُرْبَةَ بالوصيةِ، فزالتِ التهمةُ فلم يُمْنَعْ منه.

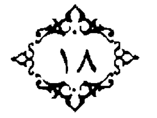
قال: وبلوغُ الغُلامِ بالاحتلامِ، والإحبالِ، والإنزالِ إذا وَطِئ، فإن لم يوجَدْ ذلك، فحتَّى يَتِمَّ له ثماني عشْرةَ سنةً عند أبي حنيفةَ، وبلوغُ الجاريةِ بالحيضِ، والاحتلامِ، والحَبَلِ، فإن لم يُوجَدْ ذلك فحتَّى يَتِمَّ لها سَبعَ عشْرةَ سنةً، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: إذا تَمَّ للغلامِ والجاريةِ خمسَ عشْرةَ سنةً فقد بلَغا[4].

---

(١) في (س، ي): «السفهه»، وفي (غ، ل): «بسفه».

(٢) في (ج، غ، ل، ي): «سلمنا»، وفي (س): «سلمناها». (٣) في (ج، ي): «ثلث ماله».

(٤) ينظر: «المبسوط» (٦/ ٥٣)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ١٧٢)، و«الهداية» (٣/ ٢٨١).



وبه قال الشافعيُّ[1]، والأصلُ في هذا أن البلوغَ إنما يكونُ بالإنزالِ، ولما كان الحبَلُ والإحبالُ لا يكونُ إلا مع الإنزالِ جُعِلا عَلَمًا على البلوغِ؛ وكذلك الحيضُ لا يكونُ إلا مِمَّنْ تَحْبَلُ؛ وذلك يكونُ بعْدَ الإنزالِ، فأما الدلالةُ على البلوغِ بالسنِّ، فالأصلُ فيه أن الإنسانَ قد يتأخَّرُ احتلامُه وإنزالُه لعِلَّةٍ، مع عِلْمِنا بأنه بالِغٌ، فجَعَلُوا علامةَ ذلك قدْرًا مِن السنِّ على ما أدَّى إليه الاجتهادُ.

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: قولُه تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ﴾ [الأنعام:١٥٢] وقال بعضُ السلَفِ: الأشدُّ ثماني عشْرةَ سنةً. وقال بعضُهم: هو اثنان وعشرون سنةً، وقال بعضُهم: هو خمسٌ وعشرون سنةً، وأقل ما قالوه: ثمانِي عشرةَ[2]. فوجَب أن يُعلَّق الحُكْمُ عليه، ولقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رُفِعَ القَلَمُ [3]عَنْ ثَلَاثٍ[3]؛ عن الصبيِّ حتى يَحْتَلِمَ»[4].

وهذا خَبَرٌ مشهورٌ، وهو يقتَضِي إسقاطَ التكليفِ قبْلَ الاحتلامِ، سواءٌ بلَغ خمسةَ عشرَ[5]، أو تجاوَزها؛ ولأن التسويةَ بين بلوغِ الذكَرِ والأُنثى خلافُ العادةِ؛ لأن المعتادَ أن بلوغَ الجاريةِ يتقدَّمُ، والعادةُ أمرٌ مقطوعٌ به، فإذا خالَفه ما طريقُه الظنُّ لا [6]يُلتفَتُ إليه[6].

---

(١) ينظر: «الأم» (٣/ ٢٢٠)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٠٣)، و«المهذب» (٢/ ١٣٠)، و«روضة الطالبين» (٤/ ١٧٨).

(٢) ينظر: «تفسير ابن أبي حاتم» (٥/ ١٤١٩، ١٤٢٠).

(٣-٣) من (ج، غ، ل، ي).

(٤) تقدَّم تخريجه.

(٥) بعده في (ج، س، غ، ل، ي): «سنة»، وفي (ر): «خمسًا وعشرين سنة».

(٦-٦) في (ج): «يلتفت به»، وفي (ي): «إلا يثبت به»، وفي (غ، ل): «يثبت به».

وجْهُ قولِهما: ما رُوِي عن عبدِ اللَّهِ بنِ عمرَ، قال: «عُرِضْتُ على رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يومَ أُحُدٍ، وأنا ابنُ [(1)أربعَ عشرةَ(1)] سنةً فردَّني، ولم يَرَني بلغْتُ، ثم عُرِضْتُ عليه يومَ الخندقِ، وأنا ابنُ خمسَ عشرةَ سنةً فأجازَني»[(2)]. فنقَل الحكْمَ، وهو إجازتُه في المقاتِلةِ، والسببَ، وهو بلوغُه خمسَ عشرةَ سنةً، فالظاهِرُ يقتَضِي تعلُّقَ الحكْمِ به.

الجوابُ: أن هذا الخبرَ شديدُ الاضطرابِ في الروايةِ، ولو ثبَت كان معناه: لم يَرَني بلغْتُ حدَّ المقاتِلةِ وإطاقةِ حمْلِ السلاحِ، وقد رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أخبارٌ كثيرةٌ أنه كان يُجيزُ مَن يَقْوَى على حملِ السلاحِ، فمِن ذلك ما رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجاز غلامًا في بعْثٍ[(3)]، ثم عُرِض عليه سَمُرةُ بنُ جندبٍ فردَّه، فقال سمرةُ: يا رسولَ اللَّهِ، أَجزْتَ غلامًا ورَدَدْتَني، ولو صارَعَني لصَرَعْتُه، فقال: «فَدُونَكَ». فصارَعْتُه فصَرَعْتُه فأَجازَني»[(4)].

---

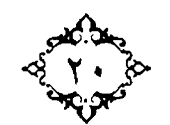
(١) في (أ٢، ج، ح، ض، ع، ي): «أربعة عشر»، وفي (ح٢): «أربع عشر»، وفي (س): «أربعة عشرة».

(٢) أخرجه البخاري (٢٦٦٤)، ومسلم (١٨٦٨).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٢): «يوم أُحُد: كان في السنة الثالثة من الهجرة، يوم السبت لسبع خلون من شوال».

(٣) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٢): «البَعْث بالباء الموحدة، والعين المهملة، والثاء المثلثة: جماعة يبعثهم الإمام للغزاة، من باب تسمية المفعول بالمصدر».

(٤) أخرجه الحاكم (٢/ ٦٠)، وعنه البيهقي (٩/ ٢٢)، (١٠/ ١٨) من طريق عبد الحميد بن جعفر الأنصاري، عن أبيه، عن سمرة بن جندب. قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه». وقال الذهبي في «المهذب» (٧/ ٣٥٢٨): «إسناده جيد، إن كان جعفر لقي سمرة». وقال في موضع آخر (٨/ ٣٩٨٣): «سنده صالح».



وقد قال أصحابُنا: إن الإنباتَ لا يدُلُّ على البلوغِ[1]. وقال الشافعيُّ: إذا أنبتَ الغلامُ أو الجاريةُ الشعرَ القويَّ الخَشِنَ حولَ ذكَرِ الغلامِ وفرْجِ الجاريةِ كان بُلُوغًا في أولاد المشركين، وفي ولد المسْلِمِ وجهانِ[2].

دليلُنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رُفِع القَلَمُ [3]عن ثلاثٍ[3]؛ عَنِ[4] الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ»[5]. وهذا يقتَضِي أن يكونَ مرفوعَ القلمِ حتى يَحْتَلِمَ وإن أَنْبَت؛ ولأنه شعْرُ عضوٍ فخروجُه لا يدُلُّ على البلوغِ، أصلُه الشاربُ.

فإن قيل: رُوِي عن عطيةَ القُرَظِيِّ قال: «عُرِضْتُ على النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يومَ قريظةَ فشَكُّوا فيَّ، فأَمَر النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يُنْظَرَ إليَّ هل أَنْبَتُّ، فنَظَروا فلم يَجِدُوني أنبتُّ، فخَلَّى عَنِّي، وأَلْحَقَنِي بالسَّبْيِ»[6].

قيل له: ظاهرُ[7] هذا الخبرِ مضطرِبُ الروايةِ، وقد ذكَر أهلُ المغازِي: «أن سعْدًا

---

(١) ينظر: «التجريد» (٦/ ٢٩١٦)، و«البناية» (١١/ ١٠٩)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢٠٣).

(٢) ينظر: «الحاوي» (٢/ ٣١٤)، و«نهاية المطلب» (٦/ ٤٣٤)، و«بحر المذهب» (٥/ ٣٨٨).

(٣-٣) من (ج، غ، ل، ي).

(٤) في (ع): «وعن».

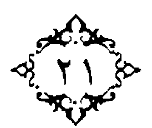
(٥) تقدَّم تخريجه.

(٦) أخرجه أبو داود (٤٤٠٤، ٤٤٠٥)، والترمذي (١٥٨٤)، والنسائي (٣٤٢٩، ٣٤٣٠)، وابن ماجه (٢٥٤١، ٢٥٤٢). قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح». وينظر: «البدر المنير» (٦/ ٦٧١-٦٧٥)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٤٢).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٢): «يوم قريظة: كان يوم الأربعاء لسبع بقين من ذي القعدة، سنة خمس عند منصرف النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ من الخندق».

وقال: «أنبَت: أي نبت له شعر العانة».

(٧) من (ج، غ، ل، ي).



حكَم بذلك فيمَن لم يُنبِتْ»[1]، ورُوِي: «أنه أَمَر بقتْلِ مَن اخضَرَّ مئزرُه»، وهذا يزيدُ على الإنباتِ، ويقتَضِي اعتبارَ الإنباتِ مِن السُّرَّةِ إلى العانةِ، وقد رُوِي: «أنه أَمَر بقتلِ مَن مرَّتْ عليه المواسِي[2]»، وهذا يقتَضِي تكرارَ الحلْقِ بعْدَ الإنباتِ، وكيف يُظَنُّ أن هذا حَدٌّ في البلوغِ أَمَر به رسولُ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في بَنِي قريظةَ بمشْهَدٍ مِن أصحابِه فلم يَرْوِه أحدٌ منهم حتى رآه صَبِيٌّ مِن أولادِ المشركِينَ وغفَل عنه الجماعةُ، وهذا يُوجِبُ الشكَّ في الخبرِ.

قال: وإذا راهَق الغلامُ والجاريةُ وأَشْكَلَ أمرُهما في البلوغِ، فقالا: قد بلَغْنا. فالقولُ قولُهما، وأحكامُهما أحكامُ البالِغِينَ.

وذلك لأن البلوغَ معْنًى لا يُعْلَمُ إلا مِن جهتِهما، فإذا أخْبَرا به ولم يُكذِّبْهما الظاهِرُ قُبِل قولُهما، كما يُقْبَلُ قولُ المرأةِ في الحيضِ، فإذا قَبِلْنا قولَهما في ذلك صارتْ أحكامُهما أحكامَ البالِغِينَ، وفي هذه المسألةِ اختلافُ روايةٍ، والصحيحُ ما ذكَرْناه.

قال: وقال أبو حنيفةَ لا أَحْجُرُ في الدَّيْنِ إذا وجبتِ الديونُ على رجلٍ فطلَب غُرماؤُه حَبْسَه والحَجْرَ عليه لم أَحْجُرْ عليه، وإن كان له مالٌ لم يتصرَّفْ فيه

(١) ينظر: «مغازي الواقدي» (٢/ ٥١٢)، و«الطبقات الكبرى» (٣/ ٣٩٤)، و«أنساب الأشراف» (١/ ٣٤٧). وهو عند البخاري (٣٠٤٣)، ومسلم (١٧٦٨) من حديث أبي سعيد؛ دون قصة الإنبات.

(٢) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٢): «المواسي: جمع الموسى بالسين المهملة. والموسى آلة الحديد، وما يحلق به، يقال: ماس رأسه موسًا حلَقه. يذكر ويؤنث وينصرف ولا ينصرف، ويجمع على قول الصرف بالمواسي، وعلى قول المنع بالموسيات كالحبليات. ينظر: «المصباح المنير» (٢/ ٥٨٥).



الحاكِمُ، ولكن يَحْبِسُه أبدًا حتى يَبِيعَه في دَينِه، فإن كان له دراهمُ ودَينُه دراهمُ قضاها القاضِي[1] بغيرِ أَمْرِه، وإن كان دينُه دراهمَ وله دنانيرُ باعها القاضِي في دَينِه، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: إذا طلَب غرماءُ المُفْلِسِ الحَجْرَ عليه حجَر[2] عليه ومنَعه مِن البيعِ، والتصرُّفِ، والإقرارِ حتى لا يَضُرَّ بالغُرماءِ، وباع مالَه إن امتَنَع المفْلِسُ مِن بيعِه وقسَمه بينَ غُرمائِه بالحِصَصِ[3].

وهذه الجملةُ تشتَمِلُ على مسائلَ:

منها: أن عندَ أبي حنيفةَ لا يُحجَرُ على المفلِسِ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يُحجَرُ عليه إذا طلَب غرماؤُه الحجْرَ عليه، وبه قال الشافعي[4].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنه معنًى لا يؤثِّرُ في الشهادةِ فلا يستَحِقُّ به الحجْرَ كالدَّيْنِ القليلِ؛ ولأنه لم يستَفِدِ التصرُّفَ مِن جهةِ الحاكِمِ فلم يكُنْ له منْعُه منه كغيرِ المفلِسِ.

وجْهُ قولِهما: ما رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حجَر على معاذٍ في مالِه وباعه»[5].

---

(١) في (س): «الحاكم».

(٢) بعده في (ج، ي): «القاضي».

(٣) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٨٢)، و«العناية» (٩/ ٢٧١)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ١٩٩).

(٤) ينظر: «الأم» (٣/ ٢٠٧،٢١١)، و«المهذب» (٢/ ١١٣)، و«نهاية المطلب» (٦/ ٣٠٣)، و«روضة الطالبين» (٤/ ١٣٧).

(٥) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (١٧١، ١٧٢). ينظر: «الضعفاء الكبير» (١/ ٦٨)، و«السنن الكبرى» للبيهقي (٦/ ٤٨). وينظر: «الأحكام الوسطى» (٣/ ٢٨٦، ٢٨٧)، و«إرشاد الفقيه» (٢/ ٤٨)، و«البدر المنير» (٦/ ٦٤٥-٦٤٧)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٣٧).



الجوابُ: أن هذا الخبرَ مُرْسَلٌ، ومع ذلك فهو مجهولُ الروايةِ، (١لا يَثْبُتُ به حُجَّةٌ١)، وكيف يُظَنُّ أن النبيَّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ يَحْجُرُ على معاذٍ، وهو معروفُ (٢المنزلةِ في٢) الدِّينِ، وهو قاضِي رسولِ اللَّهِ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ، والحجْرُ إنما يكونُ حتى لا يتصرَّف فيسقُطَ حقُّ الغُرماءِ، ومتى أَعْلَمه النبيُّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أنه يَجِبُ صَرْفُ مالِه إلى غُرمائه لا يُظَنُّ بمعاذٍ أنه يتوصَّلُ بالتصرُّفِ إلى مخالفةِ النبيِّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ، فعُلِم أن معنى الخبَر حجْرُ مالِه حينَ صرَفه إلى غُرمائه وقَطْع حقِّه عنه.

ومنها: أن القاضِي لا يَبِيعُ عليه مالَه، ولكن يَحْبِسُه أبدًا حتى يَبِيعَه، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَبِيعُ مالَه[٣]، وبه قال الشافعيُّ[٤].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن ما لا يَجوزُ بيعُه قبْلَ الامتناعِ والحبْسِ لا يَجوزُ بعْدَه، أصلُه ثيابُ بدَنِه؛ ولأن القاضِيَ (٥يَحْبِسُ في الديونِ فلو جاز أن يَبِيعَ مالَ الممتَنِعِ٥) مِن الأداءِ به لم يَجُزِ الحبْسُ؛ لأنه يؤدِّي إلى الإضرارِ بالغُرماءِ والمديونِ.

(١-١) في (ح، ح٢، ض، ع): «لا يثبت به حجر»، وفي (ي): «فلم يثبت».

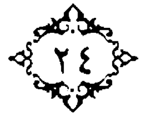
(٢) في (ي): «بقوة».

(٣) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٨٢)، و«العناية» (٩/ ٢٧١)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ١٩٩).

(٤) هنا يبدأ خرم في المخطوطة (ق)، ينتهي في أثناء كتاب الشفعة، عند قول الماتن: «ولا يَسمَعُ القاضِي البَيِّنَةَ حتى يَحْضُرَ المشتَرِي فيَفْسَخَ البيعَ بمشْهَدٍ منه، ويَقْضِيَ بالشفعةِ على البائعِ، ويَجْعَلَ العُهْدَةَ عليه».

وينظر فيما تقدَّم: «الأم» (٣/ ٢١١، ٢٠٧)، و«الحاوي» (٦/ ٣٣٢)، و«المهذب» (٢/ ١١٣)، و«روضة الطالبين» (٤/ ١٢٩).

(٥-٥) في (ي): «لو جاز له بيع ماله إذا امتنع».



أما بالغُرماءِ فيؤخَّرُ حقُّهم مع إمكانِ دَفْعِه إليهم، وأما المديونُ فلأنه يَقْدِرُ أن يَقْضِيَ[1] دينَه مِن غيرِ حبْسٍ، فلا معْنى للإضرارِ به، وهذا فِعْلُ الحُكَّامِ في سائرِ الأعصارِ مِن غيرِ نكيرٍ.

وجْهُ قولِهما: ما رُوِي: «أن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ خطَب، وقال: ألَا إن الأُسَيْفِعَ، أُسَيْفِعَ جهينةَ[2] رَضِي مِن دِينِه وأمانتِه أن يُقالَ: سبَق الحاجَّ[3]. فاستَدانَ مُعْرِضًا[4]، فأصبَح قَدْ رِينَ به[5]، وإنَّا بائِعُو مالِه وقاسِمُوه بينَ غُرمائِه، فمَن كان

(١) في (ي): «يؤدي».

(٢) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٣): «أُسَيفِع جُهينة: تصغير أسفع، صفة أو علمًا من السُّفعة بضم السين المهملة، نوع من السواد ليس بالكبير، وقيل: هو سواد مع لون آخر». ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٤٢).

(٣) أي: تقدَّمهم في المنزل. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٤٢).

(٤) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٣): «مُعْرِضًا: يريد بالمعرض المعترض، أي اعترض لكل من يقرضه، يقال: عرض في الشيء وأعرض وتعرض واعترض بمعنى. قاله ابن الأثير. وقيل: أراد أنه إذا قيل له: لا تستدن. فلا يقبل، من أعرض عن الشيء، إذا ولاه ظهره. وقيل: أراد معرضًا عن الأداء. وقال في المغرب: ادان معرضًا، أي ممن أمكنه من الاستدانة منه، من قولهم: طأ معرضًا، أي ضع رجليك حيث وقعت، ولا تتق شيئًا». ينظر: «النهاية» (٣/ ٢١٥)، و«المغرب» (١/ ٣٩٩).

(٥) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٣): «رِينَ به بكسر الراء المهملة، وبعدها ياء آخر الحروف، ونون: أي غلب، فعل من ران الذنب على قلبه، إذا غلبه. قاله في المغرب. وعن أبي عبيد: كل ما غلبك فقد ران بك ورانك وران عليك. وعن أبي زيد: يقال: قد رين بالرجل رينًا، إذا وقع فيما لا يستطيع الخروج منه. قال ابن الأثير: أي أحاط الرين بماله، وأصل الرين بفتح الراء: الطبع والتغطية. وقال في المغرب: والمعنى أنه استدان ما وجد ممن وجد غير مبال بذلك، حتى أحاط الدين بماله، فلا يدري ماذا يصنع». ينظر: «غريب =

له دَينٌ فلْيَحْضُر»[1].

الجوابُ: أنه قال: «إنا بائِعو مالِه وقاسِمُوه بينَ غُرمائه، فمَن كان له دين فليحْضُرْ». ولا خلافَ أن البيعَ لا يَجوزُ إلا بعْدَ خصومةِ الغُرماءِ، ولم يُنقَلْ ذلك، فيُحمَل أنه رآه يُضَيِّعُ مالَه فأَمَر غُرماءَه بالحضُورِ ليأْمُرَه ببيعِ مالِه على وجْهِ الاحتياطِ، ويُحتمَلُ أن يكون مالُه مِن جنسِ الأثمانِ؛ وعند أبي حنيفةَ يَبِيعُ ذلك ويَدْفَعُه إلى الغُرماءِ.

فإن قيل: إذا لم يكن له طريقٌ إلى قضاءِ دَينِه إلا بالبيعِ وجَب بالاتفاقِ.

قيل له: وإذا قدَر على الاستقراضِ لم يَجُزْ بيعُ القاضِي لمالِه بالاتفاقِ.

ومنها: أنه إذا ثبَت مِن مذهبِ أبي حنيفةَ أنه لا يَحْجُرُ عليه ولا يَبِيعُ مالَه، وجَب حبْسُه إلى أن يَبِيعَ، إلا أن يكونَ دَينُه دراهمَ ومالُه دراهمَ فيَقْضِي دَينَه بغيرِ أمْرِه؛ لأن الغريمَ إذا وجَد جنسَ حقِّه جاز له أخْذُه بغيرِ أمْرِ القاضِي، فأَوْلى أن يَجوزَ للقاضِي دفْعُه إليه، وأما إذا كان مالُه دنانيرَ ودَينُه دراهمَ فالقياسُ أن لا يَقْضِيَ منها؛ لأنها مِن غيرِ جنسِ حقِّه، فلا يَجوزُ أخْذُها إلا برِضاهُ كالعُروضِ؛ ولأن في بيعِها حجْرًا عليه، وعندَه لا يَجوزُ الحجْرُ، والاستحسانُ أن يَجوزَ؛ لأن الدراهمَ والدنانيرَ قد جُعِلا كجنسٍ واحدٍ في الشريعةِ، ولهذا يُضَمُّ بعضُها إلى بعضٍ في الزكاةِ فصار كأنه وجَد جنسَ حقِّه، وعلى قولِهما إذا حجَر عليه القاضِي قام مقامَه في بيعِ مالِه وتفريقِه بين غُرمائِه.

الحديث» (٤/ ١٦٩، ١٧٠)، و«النهاية» (٢/ ٢٩٠، ٢٩١).

(١) أخرجه مالك (٢/ ٧٧٠)، وابن أبي شيبة (٢٣٣٦٩). وينظر: «علل الدارقطني» مسألة (١٧٢)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٤٠، ٤١).



قال: فإنْ أقَرَّ في حالِ الحَجْرِ بإقرارٍ[1] لَزِمه ذلك بعْدَ قضاءِ الديونِ.

وهذا على قولِهما؛ لأنه معطوفٌ في «الكتابِ» على قولِهما.

والوجْهُ في ذلك: أنه محجورٌ عليه ممنوعٌ مِن التصرُّفِ لحقِّ الغُرماءِ، فلا ينْفُذُ إقرارُه في [2]حقِّهم كالمريضِ[2] مع الغُرماءِ، وإذا لم يَصِحَّ إقرارُ المفْلِسِ في حقِّ الغُرماءِ لَزِمه إقرارُه في حقِّ نفْسِه، وصار كدَينِ الصحةِ ودَينِ المرَضِ إذا اجتمَعا [3]فإنه يُقدَّمُ[3] دَينُ الصحةِ كذلك هذا.

قال: ويُنفَقُ على المفْلِسِ مِن مالِه وعلى زوجتِه، وأولادِه الصِّغارِ، وذَوِي أرحامِه.

وذلك لأن المفلِسَ حُجِر عليه لتعلُّقِ حقِّ الغيرِ[4] بمالِه، وذلك لا يَمنَعُ مِن النفقةِ الواجبةِ عليه، أصلُه المرَضُ[5].

قال: وإن لم يُعْرَفْ للمفْلِسِ مالٌ وطلَب غرماؤُه حبْسَه، وهو يقولُ: لا مالَ لي. حبَسه الحاكِمُ في كلِّ دَيْنٍ لَزِمه بدَلًا عن مالٍ حصَل في يدِه؛ كثَمَنِ المبيعِ وبدَلِ القَرْضِ.

والأصلُ في هذا: أن الأصلَ في الناسِ الفقْرُ، والدليلُ عليه ما رُوِي:

---

(١) في (ي): «بماله».

(٢-٢) في (ي): «حقه كالمديون».

(٣-٣) في (ي): «فله تقديم».

(٤) في (ي): «الغرماء».

(٥) في (ج): «المريض»، وفي (ي): «كالمريض».



أن (١حَبَّةَ وسَواءَ ابنَي خالدٍ جاءَا١) إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (٢وقد أُغِير عليهما، فقال٢): «لا تَيْأَسَا مِنْ رَوْحِ اللَّهِ، ما تَهَزْهَزَتْ رؤُوسُكُمَا، فكُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ أَحْمَرَ لَا قِشْرَةَ عَلَيْهِ، ثُم يَرْزُقُه اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ»(٣). فبيَّن صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن الأصلَ الفقرُ.

وإذا ثبَت ذلك قُلنا: إذا ادَّعى الفقرَ فقد ادَّعى الأصلَ، فإن لم يُعْلَمِ انتقالُه عنه كان القولُ قولَه، ولم يُحْبَسْ حتى يُقِيمَ خَصْمُه البينةَ على أن له مالًا، وهذا مثلُ أن يكونَ الدَّيْنُ الذي وجَب عليه مِن قيمةِ متْلَفٍ أو أرشِ جنايةٍ؛ وذلك

(١-١) في (ج): «حيَّة وسوداء ابنتا خالد جاءتا»، وفي (ح٢): «حبة وسواء ابني خالد جاء»، وفي (س): «حنة وسودة ابنتي خالد جاء»، وفي (ل): «حبيبة وسودًا ابني خالد جاءا»، وفي (غ): «حبة وسوداء ابنتي خالد جاءتا»، وفي (ي): «حبة وسواداً ابنا خالد جاءا»، والمثبت من (ح٢) هو الموافق لمصدر التخريج.

وحبة، وسواء ابنا خالد الأسديان من أسد بن خزيمة، وقيل: من بني عامر بن ربيعة بن عامر بن صعصعة. وينظر: «الطبقات الكبرى» (٦/ ٣٣)، و«الاستيعاب» (٢/ ٦٨٩)، و«أسد الغابة» (٢/ ٣٣٠)، و«الإصابة في تمييز الصحابة» (٢/ ١٣).

(٢-٢) في (ي): «وهو يصلح شيئًا فأعاناه عليه فقال لهما». وهو الموافق لما في مصدر التخريج.

(٣) أخرجه ابن ماجه (٤١٦٥) من طريق الأعمش، عن سلام بن شرحبيل أبي شرحبيل، عن حبة، وسواء، ابني خالد. قال ابن حجر في «الأمالي المطلقة» (ص٢٦): «هذا حديث صحيح».

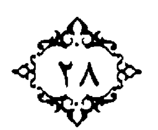
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٤): «اليأس بالياء آخر الحروف، والهمزة، والسين المهملة: ضد الرجاء. وقال في المغرب: انقطاع الرجاء». ينظر: «المغرب» (٢/ ٣٩٤).

وقال: «رَوْح اللَّه بفتح الراء المهملة، بعدها واو، وحاء مهملة: أي رحمته. وقيل: فضله. وقيل: الفرج من عنده».

وقال: «الهزّ بالزاي المعجمة: الحركة».

وقال: «أحمر: الأحمر يقال للحم، ولمن لونه الحمرة، ولمن لا سلاح معه».

وقال: «القِشْر بكسر القاف، وسكون الشين، وآخره راء مهملة: اللباس».



لأن الحبسَ عقوبةٌ، والعقوبةُ لا تُستَحَقُّ إلا على ظُلْمٍ مِن جهتِه لخصمِه، فإذا لم يُعْلَمِ انتقالُه عن أصلِ الفقرِ، فالظاهرُ أنه غيرُ ظالمٍ فلم يَستَحِقَّ العقوبةَ.

فأما إذا كان الدَّينُ الذي لَزِمه مِن ثمنِ مبيعٍ أو بدَلِ قرْضٍ، فقد عُلِم أنه انتَقَل عن الأصلِ الذي هو الفقرُ وصار غَنِيًّا بملْكِ ذلك، فإذا ادَّعى الإفلاسَ، وهو أمْرٌ طارِئٌ، لم يُقْبَلْ قولُه ويُحْبَسُ؛ لأن الظاهرَ أنه ظالمٌ حتى يُعْلَمَ خلافُه.

قال: وفي كلِّ دَينٍ الْتَزَمه بعقْدٍ كالمَهْرِ والكفالةِ.

وهذا الذي ذكَره هو الصحيحُ؛ لأن الظاهرَ أنه ما الْتَزَم ذلك بالعقدِ إلا وهو قادرٌ عليه فصار كأنه أقَرَّ بأنه مالكٌ له، فإذا امتنَع مِن الدفْعِ يُحْبَسُ، وفيه روايةٌ أخرى: أنه لا يُحْبَسُ؛ لأن هذا العقدَ لا يُمْلَكُ به شيءٌ[1]، فلم يُعْلَمِ انتقالُه عن أصلِ الفقرِ، فصار كالدَّينِ الواجِبِ بالجنايةِ[2].

قال: ولا يَحْبِسُه فيما سِوى ذلك كعِوَضِ المغصوبِ وأرْشِ الجنايةِ إلا أن تَقُومَ بَيِّنةٌ أن له مالًا.

وذلك لأنا لا نَعْلَمُ انتقالَه عن الأصلِ ولا التزامَه بعقدٍ فلا يُعْلَمُ[3] أنه ظالمٌ فلا يُحْبَسُ، وأما إذا أُقِيمتِ البينةُ أن له مالًا حبَسه لقولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَطْلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ»[4]، وإذا كان ظالِمًا حُبِس لأَجْلِ ظُلْمِه.

---

(١) في (ح٢): «شيئًا».

(٢) ينظر: «المبسوط» (١١/ ١٢٩)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٩٥)، (٦/ ٥، ٧٤)، و«الهداية» (٣/ ٩٩، ١٠٠).

(٣) في (ح٢، ع، ل): «نعلم».

(٤) أخرجه البخاري (٢٢٨٧)، ومسلم (١٥٦٤) من حديث أبي هريرة.

قال: وإذا حبَسه الحاكِمُ شَهْرَيْنِ أو ثلاثةً سأل عن حالِه فإن لم يَنْكَشِفْ له مالٌ خلَّى سَبِيلَه؛ وكذلك إذا أقام البينةَ أنه لا مالَ له.

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ، ولا تُسمَعُ البينةُ عندَنا على الإعسارِ قبْلَ الحبسِ في إحدى الروايتينِ، وفي الروايةِ الأُخْرى: تُسمَعُ[1]، وهو قولُ الشافعيِّ[2].

وجْهُ الروايةِ الأُولى: ما رُوِي في حديثِ الهِرْماسِ، عن أبيه، عن جدِّه قال: أتيْتُ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بغَرِيمٍ لي، فقال: «الْزَمْهُ». ثُم مرَّ بي فقال: «يَا أَخَا بَنِي تَمِيمٍ مَا تَرَى أَنْ تَصْنَعَ بأَسِيرِكَ»[3].

ولو كانتِ (٤البينةُ تُسْمَعُ٤) بالإعسارِ ابتداءً لَسأَله عن البينةِ؛ ولأن الإعسارَ لا يَتوصَّلُ الشهودُ إلى حقيقتِه؛ وإنما يُختبَرُ حالُه بالحبسِ، فما لم يُوجَدْ ذلك لم يَثْبُتِ الإعسارُ فلا يسقُطِ الحبْسُ.

فإن قيل: كلُّ حقٍّ يثبُتُ بالبينةِ وجَب[5] أن يكونَ سماعُها قبْلَ الحبْسِ وبعْدَه سواءً، أصلُه إذا ادَّعى القضاءَ.

قيل له: لا نُسَلِّمُ (٦أن الإعسارَ٦) يثبُتُ[7] بالبينةِ حتى[8] يَنْضَمَّ إليها الاختبارُ

(١) ينظر: «البناية» (٩/ ٣٢)، و«لسان الحكام» (ص ٣٣٦)، و«مجمع الأنهر» (٢/ ١٦٢).

(٢) ينظر: «الأم» (٣/ ٢١٧)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٠٣)، و«الحاوي» (٦/ ٣٣٢).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٦٢٩)، وابن ماجه (٢٤٢٨). وينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٤٢٤).

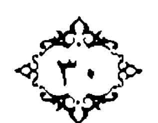
(٤-٤) في (ي): «له بينة تشهد».

(٥) في (ي): «يجوز».

(٦-٦) في (أ٢، ح، ض، ع): «لأن إعسارهم»، وفي (ي): «أن إعسارهم».

(٧) في (ح، ي): «لا يثبت».

(٨) بعده في (ي): «لا».



بالحبْسِ، والمعْنى في الشهادةِ بالقضاءِ أنها شهادةٌ بإثباتٍ فتُقْبَلُ في جميعِ الأحوالِ؛ وفي مسألتِنا شهادةٌ بالنفْيِ[1] فتُقْبَلُ تبَعًا لغيرِها، ولا تُقْبَلُ بنفسِها.

وأما ما ذكَره مِن تقديرِ مدَّةِ الحبس فليس على وجْهِ التقديرِ؛ وذلك مردودٌ إلى رأْيِ القاضِي؛ لأن الغَرَضَ مِن الحبْسِ أن يَضْجَرَ فيُظْهِرَ ما معه[2] مِن المالِ؛ وذلك يَختلِفُ باختلافِ الناسِ؛ فمنهم مَن يؤثِّرُ فيه قليلُ الحبْسِ، ومنهم مَن لا يؤثِّرُ فيه الكثيرُ، فجُعِل إلى رأْيِ القاضِي واجتهادِه، فإذا غلَب على ظنِّه أنه لو كان معه مالٌ لأَظْهَره ولم يَصْبِرْ على الحبْسِ سَمِعَ البينةَ على إعسارِه، فإن لم يُقِمِ البينةَ سأل عنه، فإن لم يُعْرَفْ له مالٌ خلَّى سبيلَه؛ لأنه في الظاهرِ عاجزٌ فلا يستَحِقُّ العقوبةَ بالحبْسِ.

قال: ولا يَحولُ بينَه وبينَ غُرمائِه بعْدَ خُرُوجِه مِن الحبْسِ، يُلازِمُونه ولا يَمْنَعُونه مِن التصرُّفِ والسفَرِ ويأْخُذُون فضْلَ كسْبِه يُقْسَمُ بينَهم بالحِصَصِ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: إذا فلَّسه الحاكِمُ حالَ بينَه وبينَ الغُرماءِ، إلا أن يُقيمُوا البينةَ أنه قد حصَل له مالٌ[3].

وبه قال الشافعيُّ[4].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لِصَاحِبِ الحَقِّ اليَدُ وَاللِّسَانُ»[5].

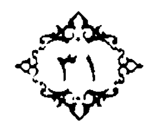
---

(١) في (س): «باليقين». (٢) في (ي): «بيده».

(٣) ينظر: «البناية» (١١/ ١٢٤)، و«البحر الرائق» (٨/ ٩٥)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢٠١).

(٤) ينظر: «الأم» (٣/ ٢١٧)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٠٣)، و«الحاوي» (٦/ ٣٣٥).

(٥) أخرجه الدارقطني (٥/ ٤١٥) من طريق مكحول مرسلًا. ينظر: «نصب الراية» (٤/ ١٦٦)، و«الدراية» (٢/ ١٩٩).



واليدُ الملازَمةُ باتفاقٍ؛ ولأنه يتوَصَّلُ بالملازمةِ إلى استيفاءِ دَينِه؛ لأنه يَقِفُ على أكسابِه[1] فيأخُذُ منها، فكان له ذلك كما يَجوزُ في حقِّ مَن له مالٌ.

وجْهُ قولِهما: قولُه تعالى: ﴿وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ﴾ [البقرة: ٢٨٠].

الجوابُ: أن المرادَ به فنَظِرة في[2] المطالبةِ، وعندَ أبي حنيفةَ لا يُطالِبُه، ولكن يَطُوفُ معه، فإذا كسَب مالًا أخَذ فضْلَ كسْبِه.

فإن قيل: مَن لا مُطالبةَ له بدَيْنِه فلا مُلازمةَ له، أصلُه الدَّيْنُ المؤجَّلُ.

قيل له: الدَّينُ المؤجَّلُ لا يُلازَمُ به إذا كان له مالٌ، كذلك لا يُلازَمُ[3] إذا كان له كسبٌ وفي مسألتِنا بخلافِه.

قال: ولا يُحجَرُ على الفاسِقِ إذا كان مُصْلِحًا لمالِه؟ والفِسْقُ الأصليُّ والطارِئُ سواءٌ.

وقد قدَّمْنا الكلامَ في هذه المسألةِ؛ لأن اللَّهَ تعالى أَوْجَب الحدَّ على القاذِفِ، وأسقَطَ شهادتَه، ولم يأْمُرْ بالحجْرِ عليه.

قال: ومَن أفلسَ وعندَه متاعٌ لرجلٍ بعَيْنِه ابْتاعَه منه، فصاحِبُ المتاعِ أُسْوَةُ الغُرَماءِ[4] فيه[5].

---

(١) في (ح٢، س، ع): «اكتسابه». (٢) في (ي): «إلى».

(٣) بعده في (ج، ي): «به».

(٤) أسوة الغرماء: أي: هو بينهم بالسوية. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٣٠).

(٥) من (ج، غ، ل، ي).



وقال الشافعيُّ: إذا أفلَس المشتَرِي وسأل الغُرماءُ الحاكِمَ الحجْرَ عليه حجَر عليه، وكان للبائعِ بعْدَ الحجْرِ الخيارُ؛ إن شاء كان أسوةَ الغُرماءِ، وإن شاء فسَخ البيعَ، وكان أَوْلى بالمبيعِ، ولا خيارَ له قبْل الفَلَسِ[1].

دليلُنا: ما رُوِي في حديثِ الزهريِّ بإسنادِه، قال: «استدان معاذٌ حتى أَغْرَق مالَه، فأتَى النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ليُكلِّمَ له غرماءَه»[2]. فلو ترَكُوا لأحدٍ مِن أجلِ أحدٍ لترَكُوا لمعاذٍ مِن جهةِ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «فباع له النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ متاعَه، حتى قام معاذٌ بغيرِ شيءٍ».

ولم يَرُدَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على أحدٍ عينَ مالِه، ولا بيَّنَ لهم ثبوتَ الخيارِ، ومعلومٌ أن مَن أفْلَسَ بمتاعٍ[3] ابتاعه لا يَخْلُو أن يكونَ فيه ما لم يُدْفَعْ ثمنُه، فلو كان لمالكِ المتاعِ الخيارُ لبيَّن صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذلك لهم؛ ولأنه أثْبَت[4] البيعَ بثمنٍ في الذمةِ فلم يكن له فسخُه، أصلُه قبْل الحكْمِ بالفَلَسِ.

فإن قيل: روَى أبو هريرةَ أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ أَفْلَسَ فَأَدْرَكَ الرَّجُلُ مَتَاعَهُ بِعَيْنِهِ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ»[5].

قيل له: قد رُوِي عن أبي هريرةَ أيضًا أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إذا أَفْلَسَ

---

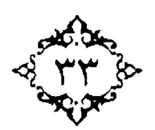
(١) ينظر: «الأم» (٣/ ٢٢٠)، و«المهذب» (٢/ ١٢٥)، و«روضة الطالبين» (٤/ ١٤٧).

(٢) تقدَّم تخريجه.

(٣) في (ج، ي): «وعنده متاع».

(٤) في (أ٢): «ثبّت»، وفي (ح): «أبت»، وفي (س، ض، ع): «بت»، والمثبت موافق لما في «التجريد» (٦/ ٢٨٧٢).

(٥) أخرجه البخاري (٢٤٠٢)، ومسلم (١٥٥٩).



الرَّجُلُ فوَجَدَ رَجُلٌ مَتاعَهُ بِعَيْنِه[1] فهو بينَ غُرمائِه»[2]. فتعارضا، ووجَب التوقُّفُ لِيُعْرَفَ أصلُ الخَبَرِ.

فإن قيل: عقدٌ يَجوزُ فسْخُه بالعيبِ فجاز فسْخُه بالإفلاسِ أصلُه الكتابةُ.

قيل له: الكتابةُ لا تُفْسَخُ بالإفلاسِ؛ لأن القادرَ على الاكتسابِ مُفْلِسٌ، ولا تُفْسَخُ الكتابةُ بفَلَسِه، وإنما تُفْسَخُ بالعجْزِ عن الكسبِ، وهذا معنًى زائدٌ على الإفلاسِ.

والله أعلم

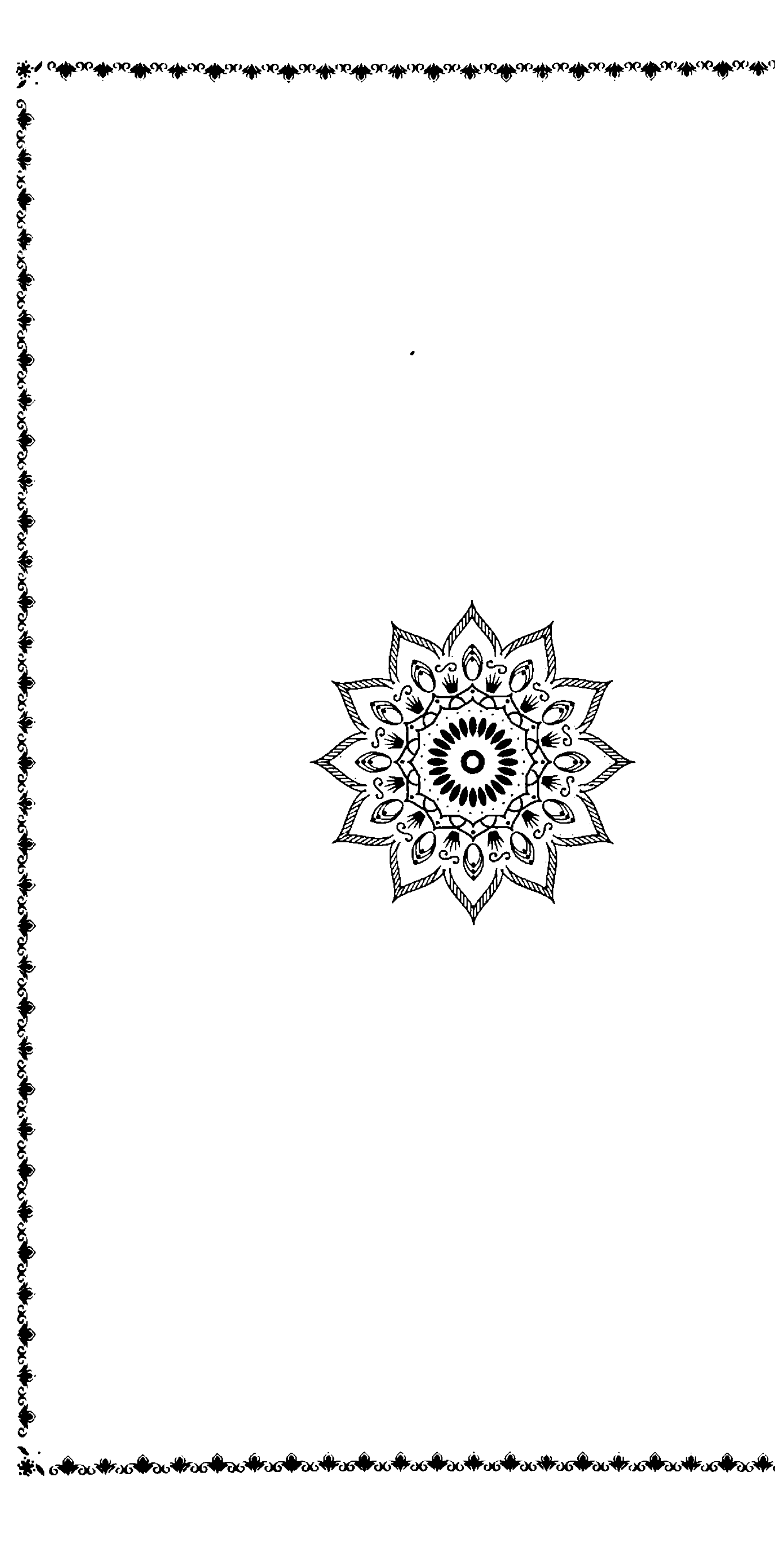
---

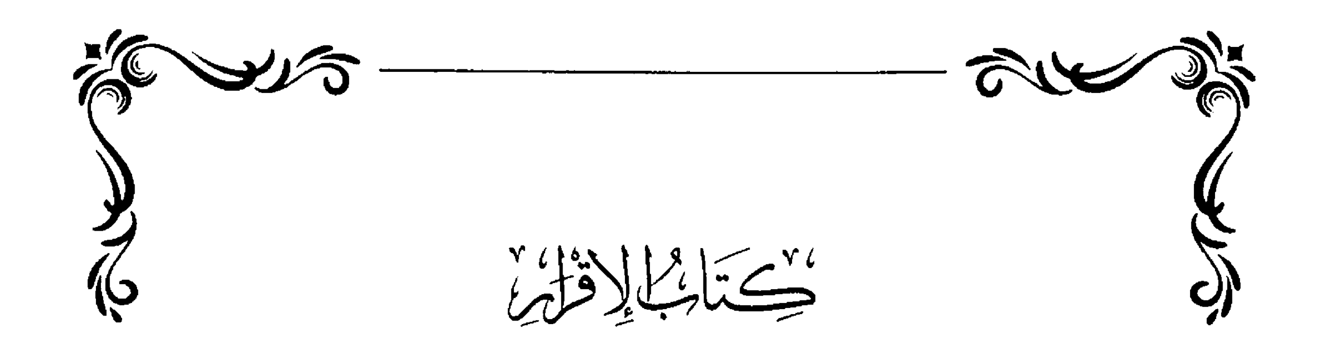
(١) من (ج، غ، ل، ي).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٢٠-٣٥٢٢)، وابن ماجه (٢٣٥٩، ٢٣٦١). ينظر: «البدر المنير» (٦/ ٦٥٣-٦٥٥)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٣٩).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٤): «أَفْلَس الرجل: إذا لم يبق له مال، وقيل معناه: صار إلى حال يقال: ليس معه فلس. وقيل: صارت دراهمه فلوسًا».

كِتَابُ الإِقْرَارِ





كتاب الإقرار

الأصلُ في لُزومِ الإقرارِ للمُقِرِّ قولُه تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ وَلْيَتَّقِ ٱللَّهَ رَبَّهُۥ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ [البقرة:٢٨٢]. فلو لم يَلْزَمِ المُقِرَّ ما أَقَرَّ به لم يُرْجَعْ إلى إملائه، ولَمَا ذمَّه على الكِتمانِ؛ ألا تَرى أن اللَّهَ تَعالى لمَّا ذمَّ الشهودَ على كتمانِ الشهادةِ دلَّ على أن إظهارَها يتعلَّقُ به حكْمٌ.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **إذا أَقَرَّ الحرُّ البالغُ العاقلُ بحقٍّ لَزِمه إقرارُه به، مَجْهولًا كان ما أقَرَّ به أو مَعْلُومًا.**

أما لزومُ الإقرارِ: فقد بيَّنَّاه.

وأما اعتبارُ البلوغِ والعقلِ: فلِقَولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ؛ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ المجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ[1]».

وأما اعتبارُ الحريةِ: فلِما بيَّنَّا أن العبدَ إذا أَقَرَّ بمالٍ لَزِمه بعْدَ الحريةِ، وإن أَقَرَّ بحدٍّ أو قِصاصٍ لَزِمه في الحالِ، فلمَّا اختلَفَ حكمُ إقرارِه شَرَطَ الحريةَ في جوازِه لِيَصِحَّ مطلقًا.

وأما الإقرارُ بالمجهولِ: فيَصِحُّ؛ لأن المقِرَّ إنما يُقِرُّ بما لَزِمه الإقرارُ به ويثبُتُ في ذمتِه، وقد يَلْزَمُ الإنسانَ الحقوقُ المجهولةُ؛ مثلُ أن يُتْلِفَ مالًا لا يَدْرِي كم

(١) بعده في (ي): «وعن النائم حتى يستيقظ»، والحديث تقدَّم تخريجه.

قيمتُه، أو يَلْزَمُه أرشُ جنايةٍ، أو يكونُ عليه بقيةُ حسابٍ، وإذا جاز وجوبُه مجهولًا جاز الإقرارُ[1] به كذلك.

قال: ويُقالُ له بَيِّن المجهولَ.

وذلك لأنه أقرَّ بحقٍّ مجهولٍ لَزِمه في ذمتِه فكان البيانُ إليه، كمَن أعتَق أحدَ عَبْدَيْه، وكما لو باع قَفِيزًا مِن صُبْرةٍ[2] أن عليه تمييزَه وبيانَه، فإن لم يُبيِّن أجبَره القاضِي على البيانِ؛ وذلك لأنه يَلْزَمُه الخروجُ مِمَّا أقرَّ به ولا يُمْكِنُ ذلك إلا بالبيانِ، فإذا امتنَع مِن ذلك فقد امْتَنَع مِن حقٍّ عليه فيُجْبِرُه القاضِي عليه.

قال: فإن قال: لفلانٍ عليَّ شيءٌ. لَزِمه أن يُبيِّنَ ما له قيمةٌ.

ويُتبايعُ[3] في العادةِ؛ وذلك لأنه أقرَّ بوجوبِ شيءٍ في ذمتِه، وما لا قيمةَ له لا يثبُتُ في الذمةِ، فإذا فسَّر ما أقرَّ به[4] بذلك[5] صار كالرجوعِ عمَّا أقرَّ به، فلا يُقبَلُ منه.

قال: والقولُ قولُه فيه مع يمينِه، إن ادَّعى المُقَرُّ له أكثرَ مِن ذلك.

لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البَيِّنَةُ على المُدَّعِي وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[6]. والزيادةُ

(١) في (ي): «إقراره».

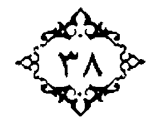
(٢) في (ر): «حنطة صبرة»، وفي (ي): «صبرة حنطة».

(٣) في (ح، س، ض، ع): «يتمانع»، وفي (غ، ل): «منافع»، وفي (ي): «يبتاع».

(٤) في (أ٢، ح، ض، ع): «له».

(٥) في (ي): «لزمه وإن لم يفسر ما أقر به».

(٦) أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٥٢) من حديث ابن عباس. وهو عند البخاري (٢٥١٤)، ومسلم (١٧١١)؛ بلفظ: «اليمين على المدعى عليه».



على ما بيَّنَه المقِرُّ يَدَّعِيها المقَرُّ له، ويُنْكِرُهَا المقِرُّ فيُستَحْلَفُ عليها.

قال: وإذا قال: له عليَّ مالٌ. فالمَرْجِعُ (1) إلى بيانِه (1)، ويُقبَلُ قولُه في القليلِ والكثيرِ.

(2) لأن المالَ عبارةٌ عمَّا يُتمَوَّلُ، وذلك موجودٌ في القليلِ والكثيرِ (2)، فيَصِحُّ بيانُه به [3] وقُبِل قولُه فيه [4].

قال: فإن قال: مالٌ عظيمٌ. لم يُصَدَّقْ في أقلَّ مِن مئتَي دِرهمٍ.

هكذا ذكَر في «الأصلِ»، وهو قولُ أبي يوسفَ، ومحمدٍ، ولم يَذْكُرْ قولَ أبي حنيفةَ، وقد رُوِي عنه في موضعٍ آخَرَ نحوُه، ورُوِي عنه: أنه لا يُصدَّقُ في أقلَّ مِن عشَرةِ دراهمَ [5].

وجْهُ قولِهم المشهورِ: أنه أقر بمالٍ موصوفٍ فلا يَجوزُ إلغاءُ الصفةِ ما أمْكَن حَمْلُها على وجْهٍ صحيحٍ، والنِّصابُ مُسْتَعْظَمٌ في الشرعِ ولهذا خَرَج [6] به الإنسانُ مِن حدِّ الفقرِ إلى الغِنَى، فحُمِل الإقرارُ عليه ولم يُصدَّقْ في النقصانِ منه.

(1-1) في (أ2): «إلى بيانه إليه»، وفي (ج، ي): «إليه في بيانه»، وفي (ح، ر): «في بيانه إليه».

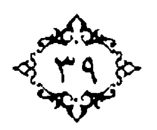
(2-2) ما بين القوسين ليس في (ج، غ، ل، ي).

(3) ليس في (ح2، ل).

(4) في (أ2): «منه».

(5) ينظر: «الأصل» (8/ 294)، (7/ 246، 274)، و«التجريد» (7/ 3159، 3161)، و«المبسوط» (18/ 98)، و«بدائع الصنائع» (7/ 220)، و«الهداية» (3/ 179)، و«العناية» (8/ 328)، و«البناية» (9/ 433).

(6) في (ر، س): «يخرج».



وجْهُ الروايةِ الأخرى عن أبي حنيفةَ: هو أن العشرةَ يُقْطَعُ فيها يدُ السارقِ مع عِظَم حُرْمةِ المسلِمِ، ولا يُقْطَعُ فيما دُونَها، فدَلَّ على[1] أنها صارتْ في حكمِ العظيمِ.

ومِن أصحابِنا مَن قال: يُعْتبَرُ على قولِه حالُ المقِرِّ، وما يُستَعظم مثلُه في العادةِ[2]، وقد ذكَر في المنتَقَى في المالِ القليلِ أنه درهمٌ، وذكَر أيضًا في مالٍ لا قليلٍ ولا كثيرٍ مئتي درهمٍ[3].

وهذا كلُّه إذا قال: مالٌ عظيمٌ مِن الدراهمِ، فإن لم يَقُلْ: مِن الدراهمِ. صُدِّق في أيِّ جنسٍ ذَكَر، فإن كان مما يَجِبُ فيه الزكاةُ لم يُصدَّقْ في أقلَّ مِن نصابٍ منه، وإن كان مما لا نِصابَ له صُدِّق فيما يَبْلُغُ قيمةَ النصابِ.

وقال الشافعيُّ: إذا قال: مالٌ عظيمٌ، أو حقيرٌ، أو قليلٌ. فالمرْجِعُ في تفسيرِه إلى قولِه، ويُقبَلُ في كلِّ واحدٍ مِن ذلك ما يُقْبَلُ في الآخَرِ، وما يُقْبَلُ في قولِه: مالٌ[4].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنا لو قَبِلْنا قولَه وتفسيرَه في القليلِ والكثيرِ على وجْهٍ واحدٍ أَلْغَيْنا الصفةَ، وجعَلْنا قولَه: مالٌ. وقولَه: مالٌ عظيمٌ. سواءً، والصفةُ لا يَجوزُ إلغاؤُها لا سِيَّما والمفهومُ منها أكثرُ مما يُفْهَمُ مِن قولِنا: مالٌ.

---

(١) من (أ٢، ع).

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٧٩)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٥)، و«لسان الحكام» (ص ٢٦٨).

(٣) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣١٥٨)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٥).

(٤) ينظر: «الأم» (٦/ ٢٣٤)، و«الحاوي» (٧/ ١٢)، و«المهذب» (٣/ ٤٧٦)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٦٢)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣٧٥).

أصلُه إذا قال: [١]دراهمًا جيادًا أو بيضًا أو صحاحًا[١]، ولا يَلْزَمُ[٢] النفيسُ، والخطيرُ، والكثيرُ، والمعلومُ؛ لأن هذه المسائلَ لا روايةَ فيها [٣]عن أصحابنا[٣]، وكان شيوخُنا يقولون في النفيسِ والخطيرِ: لا يُصَدَّقُ في أقلَّ مِن مئتي درهمٍ، ولا يَلْزَمُ إذا قال: مالٌ حقيرٌ، أو قليلٌ، أو يسيرٌ؛ لأن ظاهرَ الصفةِ يقْتَضِي أن يُقبلَ قولُه إذا بيَّن بأقلَّ مِن[٤] درهمٍ.

ولو قال: مالٌ. مُطلَقٌ لم يُصدَّقْ في أقلَّ مِن درهمٍ فقد جعَلْنا للصفةِ تأثيرًا.

فإن قيل: قولُه: مالٌ. مُبْهَمٌ، وقولُه: عظيمٌ. مُبْهَمٌ لا يُفِيدُ[٥] معلومًا[٦] فقد وصَف مُبْهمًا بمبهمٍ فكان الكلُّ مُبهَمًا، وصار كقولِه: مالٌ معلومٌ.

قيل له: قولُه: عظيمٌ. إن كان مُبْهَمًا بمعْنى أنه لا يُفِيدُ مقدارًا بالوضعِ فهو غيرُ مبهَمٍ في العِظَمِ والزيادةِ، وهو كقولِنا: دراهمُ جيادٌ. أن الجودةَ مُبْهَمةٌ؛ لأنها تتنوَّعُ وتختَلِفُ إلا أنا لا نُلْغِيها، بل نُثْبِتُ أدناها، كذلك ههنا نُثْبِتُ أدنى العِظَمِ، وإن كان مُبْهَمًا ولا نُلْغِيه.

قال: وإن قال دراهمُ كثيرةٌ لم يُصدَّقْ في أقلَّ مِن عشرةٍ.

(١-١) في (أ٢): «دراهمًا جيادًا وبيضًا صحاحًا»، وفي (ج، ر): «جياد أو بيض أو صحاح»، وفي (ي): «دراهم جيادًا أو بيضًا أو صحاحًا».

(٢) في (س): «يلزمه».

(٣-٣) من (ج، غ، ل، ي).

(٤) بعده في (ر، س): «مئتي».

(٥) في (أ٢، ح٢، س، ي): «يقبل».

(٦) في (ح٢): «عظيمًا».

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: مئتانِ[1]. وقال الشافعيُّ: ثلاثةُ دراهمَ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن أكثرَ ما يَتناوَلُه اسمُ الدراهمِ فيما له عددٌ محصورٌ عشرةٌ، وأقلُّه ثلاثةٌ، وما زاد على العشرةِ يُقال: أحدَ عشرَ درهمًا، فلما وصَف الدراهمَ بالكثْرةِ وجَب أن يَلْزَمَه أكثرُ ما يَتناوَلُه الاسمُ، ولا يُصدَّق فيما دُونَه.

فإن قيل: ما زاد على الثلاثةِ كثيرةٌ[3] فلمَ ألْزَمتُموه العشرةَ التي هي[4] غايتُها؟

قيل له: ذِكْرُ الكثرةِ[5] كلفظِ الجنسِ، وجنسُ ما يُسمَّى دراهمَ فيما له عددٌ محصورٌ عشرةٌ، فلذلك حُمِل عليه.

وجْهُ قولِهما: أن الدراهمَ الكثيرةَ في ظاهرِ الكلامِ ما خرَج بها الإنسانُ مِن حدِّ الفقرِ إلى حدِّ الغِنَى، وذلك لا يُوجَدُ فيما دُونَ مئتينِ.

وعلى الشافعيِّ: أنه أقرَّ بدراهمَ ووصَفها بصفةٍ فلم يَجُزْ إلغاءُ الصفةِ، أصلُه إذا قال: صِحاحًا، ودليلُه ما قدَّمْناه في المسألةِ الأُولى، وقد أَجَبْنا عنه.

والفرقُ لأبي حنيفةَ بينَ قولِه: دراهمُ كثيرةٌ. وبين قولِه: مالٌ عظيمٌ. أن الدراهمَ تُفِيدُ العددَ؛ لأن الكثرةَ تكونُ بزيادةِ العددِ، فاعتُبِر الكثرةُ التي ترجِعُ إلى العددِ، وقولُه: عظيمٌ. لا يتضمَّنُ عددًا فوجَب أن يُحْمَلَ على المستَعْظَمِ لا مِن حيثُ العددُ،

---

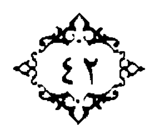
(١) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣١٦٤)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢٠)، و«الهداية» (٣/ ١٧٩).

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ٢٣٤)، و«الحاوي» (٦/ ١٦)، و«المهذب» (٢/ ٤٧٩).

(٣) بعده في (ج، ل، ي): «أيضًا».

(٤) من (أ٢، ج، س، ل، ي).

(٥) في (أ٢، س، ل): «الكثيرة».



والعَظِيمُ[1] في الشرعِ ما يَصِيرُ به غَنِيًّا، فتَجِبُ الزكاةُ فيه بنفْسِه فاعتُبِر ذلك.

قال: وإن قال دراهمُ فهي ثلاثةُ دراهمَ إلا أن يُبَيِّنَ أكثرَ منها.

وذلك لأنه أقرَّ بجمْعٍ صحيحٍ، وأقلُّ ذلك ثلاثةٌ فلا يُصَدَّقُ فيما دُونَها، ولا يَلْزَمُه أكثرُ منها لأنها متيقَّنةٌ، وما زاد موقوفٌ على بيانِه، فإذا بيَّن أكثرَ مِن ذلك قُبِل منه؛ لأن اللفظَ يَحْتَمِلُه فإذا أَلْزَمه نفْسَه لَزِمه.

قال: وإن قال كذا وكذا درهمًا لم يُصدَّقْ في أقلَّ مِن أحدَ عشرَ درهمًا.

وذلك لأنَّ قولَه: كذا. عبارةٌ عن عددٍ، فإذا قال: كذا كذا. فهي جملةٌ رتَّبها على جملةٍ مِن غيرِ عطفٍ، وفسَّرها بقولِه: درهمًا. وأقلُّ ذلك أحدَ عشرَ، وأكثرُه تسعةَ عشرَ، فحُمِل إقرارُه على الأقلِّ لأنه متيقَّنٌ.

قال: ولو قال كذا وكذا درهمًا لم يُصدَّقْ في أقلَّ مِن أَحَدٍ وعشرينَ درهمًا.

وذلك لأنه ذكَر عددًا معطوفًا على عددٍ بواوِ العطفِ [2]يُفَسَّرُ بدرهمًا[2]، وأقلُّ ذلك في أحدٍ وعشرينَ، وأكثرُه تسعةٌ وتسعونَ، فحُمِل إقرارُه على الأدنى؛ لأنه متيقَّنٌ، هذه روايةُ الأصولِ، ولم يُذْكَر فيها اختلافٌ، وعن أبي يوسفَ: أنه يَلْزَمُه أحدَ عشرَ، وعن محمدٍ: عشرونَ[3].

---

(١) في (ح، ر): «العظم».

(٢-٢) في (ج، ر): «وفسره بدرهم»، وفي (ح٢): «تفسر بدرهمًا»، وفي (س): «يفسر بدرهم»، وفي (ع): «ففسر بدرهمًا»، وفي (غ، ل): «وفسر بدرهمًا»، وفي (ي): «مفسرًا بدرهم».

(٣) ينظر: «الأصل» (٨/ ٣٩١- ٣٩٣)، و«التجريد» (٧/ ٣١٨٣)، و«المبسوط» (١٨/ ١٧٢، ١٧٣)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٤٦).



وجْهُ روايةِ أبي يوسفَ: أن كذا كذا أحدَ عشرَ، والعطفُ لا يُغيِّرُ حكمَ الكلامِ، بل يُفِيدُ ما يُفِيدُه مِن غيرِ عطفٍ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن كذا عددٌ يُفِيدُ عشرةً بدليلِ أنهم قالوا: إذا قال: له عليَّ كذا كذا. أن أحدَ العدَدَيْنِ عشرةٌ فإذا عُطِف أحدُهما على الآخَرِ أفاد الثانِي ما أفاد الأوَّلُ فلَزِمه عشرونَ.

وقال الشافعيُّ: في قولِه: كذا كذا درهمًا. درهمٌ، وفي: كذا وكذا درهمًا. درهمانِ[1]، قال المزنيُّ: وقال في موضعٍ آخَرَ درهمٌ واحدٌ[2].

واستَدلَّ على ذلك بأن كذا مُبْهَمٌ يَحْتَمِلُ الدرهمَ فما دُونَه، وما فوقَه، وغيرَ ذلك مِن الأجناسِ، فإذا قال: درهمًا. فقد فسَّره بدرهمٍ فوجَب أن يَلْزَمَه درهمٌ واحدٌ، وإذا عطَف عليه بالواوِ فقال: كذا وكذا درهمًا. احتَمَل أن يكونَ ذلك تفسيرًا لهما[3] فيكونَ درهمًا واحدًا، واحتَمَل أن يكونَ تفسيرًا لكلِّ واحدٍ منهما فيكونَ درهمينَ.

الجوابُ: أن قولَه: كذا. عددًا مُبهمًا مثلُ «كم»، هكذا ذكَر أبو الحسنِ الأخفشُ، فعلى هذا قد ذكَر عددًا مُبهمًا رتَّب عليه عددًا مُبهمًا، و«درهمًا» تفسيرٌ له، والتفسيرُ يَقَعُ بواحدٍ[4] نكرةٍ مِن الجنسِ، فلم يَصِحَّ أن يكونَ التفسيرُ كلَّ

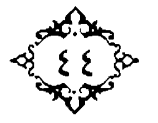
---

(١) في (ي): «درهمًا و».

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ٢٤١)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢١١)، و«الحاوي» (٧/ ٢٦)، و«المهذب» (٣/ ٤٧٩).

(٣) في (أ٢، ح٢، س، ض، ع، ي): «لها».

(٤) في (أ٢، ع): «بواحدة».



المفسَّرِ، وهذا يُسقِطُ كلامَه[1].

وقد قال أصحابُنا: أنه إذا أقرَّ بقدْرٍ مِن الدراهمِ لَزِمه ذلك وزْنًا على ما يتعارفُه أهلُ البلدِ مِن الأوزانِ[2]، فإن ادَّعى المقِرُّ أقلَّ مِن ذلك الوزْنِ لم يُصدَّقْ؛ وذلك لأن الدراهمَ اسمٌ للوزنِ[3]، بدليلِ أن الدرهمَ عبارةٌ عن موزونٍ، وجملةُ الموزونِ موزونٌ[4]، فيُرْجَعُ في ذلك إلى غالبِ وزنِ البلدِ؛ لأن إطلاقَ اللفظِ ينصَرِفُ إلى المعتادِ كما ينصَرِفُ إلى غالبِ نقدِ البلَدِ حالَ الإطلاقِ، فإذا كان الإقرارُ بالعراقِ لَزِمه دراهمُ وزنُ سبعةٍ، ومعناهُ أن كلَّ عشَرةٍ منها وزْنُ سبعةِ مثاقيلَ، وهذا هو الوزنُ الشرعيُّ الذي تتعلَّق به الأحكامُ، والأصلُ فيه أن الدراهمَ كانت مختلِفةً؛ منها ما وزْنُه مثقالٌ عشرونَ قِيراطًا، ومنها ما وزْنُه اثنا عشَرَ قِيراطًا، ومنها ما وزْنُه عشرةُ قراريطَ.

وكان الناسُ إذا تبايَعُوا اختلَفوا فاستَشار عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ الصحابةَ في ذلك، فأشارُوا عليه أن يَجعَلَ الدرهمَ الذي يتعلَّقُ به الحكمُ هو الوسَطَ مِن ذلك، فجمَع ثلاثةً منها مِن كلِّ نوعٍ درهمٌ، فكان اثنانِ وأربعونَ قِيراطًا، فجَعَلها ثلاثةَ دراهمَ متساويةً، فاستَقَرَّ على[5] ذلك[6]، فمَن أقرَّ في هذه البلادِ لَزِمه هذا الوزنُ، ولا يُقبَلُ قولُه في النقْصانِ.

---

(١) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣١٨٦).

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٩٧)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢١٩)، و«البناية» (٩/ ٤٣٥).

(٣) في (ج، ل، ي): «للموزون»، وفي (ع): «الوزن».

(٤) ليس في (س، ل).

(٥) ليس في (ج، ي).

(٦) ينظر: ««الأحكام السلطانية» للماوردي (ص٢٣٦، ٢٣٧).

وإن كان الإقـرارُ فـي بلدٍ يُتعامَلُ فيه بدراهمَ تنقُصُ مِن وزنِ سـبعةٍ، فالقولُ قولُ المقِرِّ فيها، فإن أراد أن ينقُصَ مِن قدْرِ وزْنِ ذلك البلدِ لم يُصدَّقْ، فإن كان في بلدٍ أوزانُهم مختلِفةٌ حُمِل إقرارُه على أقلِّها؛ لأن دخولَه تحتَ الإقرارِ متيقَّنٌ وما زاد عليه مشكُوكٌ فيه فلا يُستَحَقُّ مع الشكِّ، فإن كانت المعاملةُ ببعضِها أغلبَ حُمِل الإقرارُ عليه كما يُحمَلُ على نقْدِ البلدِ.

فإن قـال[1]: له مئةُ درهمٍ وزنُ خمسةٍ. ووصَل ذلك بكلامِه قُبِل قولُه؛ لأنا إنما لا نَقبَلُ قولَه إذا لم يَصِلْ؛ لأن إطلاقَ الدراهمِ ينصَرِفُ إلى الوزنِ المعتادِ المعروفِ، فإذا ادَّعى أقلَّ منه يريدُ الرجوعَ عمَّا اقتَضاه كلامُه فلا يُصدَّقُ، فأما إذا وصَله بكلامِه فإنه يُصدَّقُ ويَصِيرُ بمنزلةِ الاستثناءِ المتصِلِ.

ولو قـال ببغدادَ[2] [3]له: عليَّ ألفُ درهمٍ طَبَرِيَّةٌ. كان عليه وزنُ ألفِ درهمٍ وزنُ سبعةٍ مِن الطبريةِ، وذِكْرُ طبريةَ هو بيانٌ للصفةِ؛ وكذلك لو قال ببغدادَ[3]: له عليَّ كُرٌّ[4] حنطةٍ مَوْصِلِيٌّ. انصرَف الكُرُّ إلى كيلِ بغدادَ، وكانت الحنطةُ مَوْصِلِيَّةً؛

(١) في (ج، غ، ل): «كان»، وفي (ي): «كانت».

(٢) في (ع): «ببغداذ»، وهي لغة في بغداد، يقال: بغداذ، وبغداد، وبغدان بالنون، وهي مدينة كبيرة بالعراق، قال العلماء: ومعناها عطية الصنم. قال النووي: «وكان ابن المبارك والأصمعي وغيرهما من كبار العلماء يكرهون إطلاق هذا الاسم وينهون عنه، ويقولون: هي مدينة السلام، ونقل الخطيب البغدادي وأبو سعيد السمعاني عن الفقهاء مطلقًا كراهية تسميتها بغداد وبغداذ لما ذكرناه». ينظر: «مختار الصحاح» (ص ٣٧)، و«تحرير ألفاظ التنبيه» (ص ١١٠).

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (ع).

(٤) الكُرُّ: ستون قفيزًا، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف وهو ثلاث كيلجات، قال: وهو من هذا الحساب اثنا عشر وسقًا، وكل وسق ستون صاعًا. ينظر: «المغرب» (ص ٤٠٥).

وكذلك لو قال: له عليَّ درهمٌ طَبَرِيٌّ. فعليه درهمٌ وازِنٌ مِن الطبريَّةِ.

ولو قال له: علي دُرَيْهِمٌ كان عليه درهمٌ تامٌّ، وذلك لأن التصغيرَ قد يُذْكَرُ لِصِغَرِ حجمِ الدرهمِ، وقد يُذْكَرُ للاستقلالِ، فلم يَنْقُصْ مِن الوزنِ الذي اقتضاه اللفظُ بالاحتمالِ.

وذكَر في «نوادرِ ابنِ سماعةَ»[1]، عن أبي يوسفَ في رجل قال: لفلانٍ عليَّ شيءٌ مِن الدراهمِ، أو مِن دراهمَ. أن عليه ثلاثةَ دراهمَ؛ لأنه أقرَّ بمبهَمٍ[2].

وقولُه: مِن الدراهمِ. تمييزٌ لما أقرَّ به، وأقلُّ اسمِ الدراهمِ يتناوَلُ ثلاثةً.

قال: وإذا قال: له عليَّ. فقد أقرَّ بدَيْنٍ، وإن قال: عندي أو قِبَلي فهو إقرارٌ بأمانةٍ في يدِه.

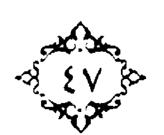
أما كلمة «عليَّ». فهي مِن ألفاظِ الوجوبِ، قال اللَّهُ تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ﴾ [البقرة:٢٨٢]، وقال اللَّهُ تعالى: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾ [آل عمران:٩٧].

وإذا ثبَت أن لفظةَ: «عليَّ» موضوعةٌ للوجوبِ فإذا قال: له عليَّ. فقد جعَل ما أقَرَّ به عليه، ولا يكونُ عليه إلا وهو في ذِمَّتِه، وأما قوله: «عندي» فيقتَضِي كونَ الحقِّ في يدِه دُونَ ذمتِه، وذلك يكونُ أمانةً إلا أن يُعْلَمَ غيرُ ذلك؛ وكذلك

---

(١) من هنا يبدأ سقط في النسخة (أ) بمقدار لوحة كاملة، وينتهي عند قول المصنف: «لأن ثمنَ الخمرِ والخنزيرِ لا يَلْزَمُ المسلِمَ فلا يُصدَّقُ». تحت قول الماتن: «ولو قال له: عليَّ ألفُ درهمٍ مِن ثمنِ خمرٍ أو خنزيرٍ لَزِمه الألفُ، ولم يُقْبَلْ تفسيرُه».

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢٠).



قولُه: «معي»، و: «في منزلي».

وأما قولُه: قِبَلِي. فذكَر في هذا الموضعِ أنه يُحمَلُ على الأمانةِ، وذكَر الشيخُ أبو الحسنِ أنه يقتَضِي الضمانَ؛ لأن القَبالةَ والكفالةَ واحدٌ، وإذا كان مِن ألفاظِ الضمانِ اقتَضى ثبوتَه في ذمتِه[1].

وقد ذكَر محمدٌ في «الأصلِ»: إذا قال: لا حقَّ لِي على فلانٍ بَرِئَ فلانٌ مِمَّا هو مضمونٌ عليه[2].

فإن قال: لا حقَّ لي عندَه ومعه بَرِئَ مِمَّا أصلُه الأمانةُ، وإن قال: لا حقَّ لي قِبَل فلانٍ بَرِئَ مما عليه ومِمَّا عندَه؛ لأن ما عندَه قِبَلَه، وما عليه قِبَلَه، فجُعِل اللفظُ محتمِلًا لهما، فعلى هذا يكونُ وجهُ ما ذكَره صاحبُ الكتابِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ أن «قِبَلِي» لمَّا استُعْمِل فيما هو مضمونٌ وفيما هو أمانةٌ كان محتمِلًا، فلا يَلْزَمُه الضمانُ بالشكِّ.

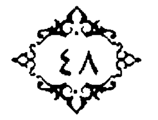
قال: وإذا قال له رجلٌ لي عليكَ ألفُ درهمٍ. فقال: اتَّزِنْها، أو انْتَقِدْها، أو أَجِّلْنِي بها، أو قد كنتُ[3] قضيتُكَها. فهو إقرارٌ بها.

أما قولُه: قضيتُكها. فهو ظاهرٌ في الإقرارِ؛ لأن القضاءَ لا يكونُ إلا بعْدَ الوجوبِ عليه، فقد أقرَّ بها وادَّعى القضاءَ، فيُقْبَلُ قولُه في الإقرارِ ويُطالَبُ بالبينةِ على ما يدَّعِيه مِن القضاءِ، وعلى هذا إذا قال: أَجِّلْني بها. لأن الأجَلَ لا يكونُ إلا

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٠٨)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٢٥٠).

(٢) ينظر: «الأصل» (٨/ ٣٢٦).

(٣) ليس في (س، غ، ل، ي).



في الحقوقِ الواجبةِ؛ ولأن التأجيلَ هو تأخيرُ المطالبةِ فكأنه قال: أخِّرِ المطالبةَ بها. وهذا لا يكونُ إلا فيما هو واجبٌ في الحالِ.

وأما قولُه: اتَّزِنْها. فهذه كنايةٌ عمَّا تقدَّم ذكرُه، فصار كأنه قال: اتَّزِنِ الألفَ التي لكَ عليَّ فيكونُ إقرارًا.

ولو أنه قال: اتَّزِنْ، أو انتَقِدْ لم يكن إقرارًا لما احتمَلَ اتزن شيئًا آخَرَ، ومع الكنايةِ لا يَحتَمِلُ غيرَ المذكورِ، ولو حمَلْناه على غيرِ المذكورِ أدَّى إلى إلغاءِ الكنايةِ، وكلامُ المكلَّفِ لا يَجوزُ إلغاؤُه ما أمْكَن حملُه على وجْهٍ صحيحٍ.

قال: ومَن أقرَّ بدَينٍ مؤجَّلٍ فصدَّقه المُقَرُّ له في الدَّيْنِ وكذَّبه في التأجيلِ لَزِمه الدينُ حالًّا.

وذلك لأنه أقرَّ له بمالٍ وادَّعى ثبوتَ حقٍّ فيه وهو الأجلُ فلا يُصدَّقُ، كما لو أقرَّ له بعبدٍ في يدِه وادَّعى الإجارةَ ولا يُشْبِهُ هذا إذا أقرَّ له بألفِ درهمٍ سُودٍ؛ لأن السودَ صفةٌ للمالِ فلا يَلْزَمُه غيرُ ما أقرَّ به، والأجَلُ ليس بصفةٍ للمالِ وإنما هو حقٌّ يثبُتُ على صاحبِ الدَّيْنِ، فهو كدَعْوى الإجارةِ.

قال: ويُستَحْلَفُ المُقَرُّ له في الأجَلِ.

لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[1].

قال: ومَن أقرَّ واستَثْنَى مُتَّصِلًا بإقرارِه صحَّ الاستثناءُ ولَزِمه الباقِي.

---

(١) تقدَّم تخريجه.



وذلك لأن الاستثناءَ مع الجملةِ عبارةٌ عن الباقِي، قال اللَّهُ تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت:١٤]. معناه: تِسعَمئةٍ وخمسينَ، وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا تَبِيعُوا الذَّهَبَ بالذَّهَبِ إِلَّا مِثْلًا بِمِثْلٍ»(١). والمفهومُ منه: بِيعُوا الذهبَ بالذهبِ مِثْلًا بمثلٍ، وإذا كان الاستثناءُ مع الجملةِ عبارةً عن الباقِي صار كأنه أقرَّ بالباقِي فيَلْزَمُه(٢).

وأما قولُه: «متَّصِلًا». فصحيحٌ، والاستثناءُ المنقَطِعُ لا يُؤثِّرُ في الكلامِ؛ لأن الكلامَ يَقِفُ على آخِرِه فإذا قطَعه وسكَت استقرَّ الكلامُ وتَمَّ، فإذا تكلَّم بعْدَ ذلك لم يتعلَّق أحدُ الكلامَيْنِ بالآخَرِ، ولهذا لا يُلْحَقُ به الشرْطُ، وليس كذلك الكلامُ المتَّصِلُ؛ لأن الكلام لا يَستَقِرُّ إلا بعْدَ الفراغِ منه، ولهذا يتعلَّقُ بالشرطِ فعَمِل فيه الاستثناءُ.

قال: وسواءٌ استَثْنَى الأقلَّ أو الأكثرَ.

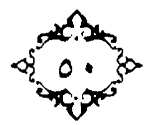
وذلك لقولِه تعالى: ﴿قُمِ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا ۝٢ نِّصْفَهُۥٓ أَوِ انقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا ۝٣ أَوْ زِدْ عَلَيْهِ﴾ [المزمل:٢- ٤]. وهذا استثناءُ الأكثرِ؛ ولأن المقصودَ مِن الاستثناءِ أن لا يَدْخُلَ في الجملةِ ما لولاه لدخَل فيها، وهذا موجودٌ في استثناءِ القليلِ والكثيرِ.

قال: وإن استَثْنى الجميعَ لَزِمه الإقرارُ وبطَل الاستثناءُ.

وذلك لأن استثناءَ الجميعِ رفْعٌ للجملةِ فهو رجوعٌ عمَّا أقرَّ به، يُبيِّنُ ذلك أن

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) في (ح، ض، ع): «فيلزم»، وفي (ل): «فلزمه».



الاستثناءَ هو إخراجُ بعضِ الجملةِ، وهذا لا يكونُ إلا مع بقاءِ بعضِها، وإذا كان استثناءُ الجميعِ رُجُوعًا لم يصح لأن رجوع المقر بعد إقراره لا يقبل.

قال: ولو قال له: عليَّ مئةُ درهمٍ إلَّا دينارًا، أو إلَّا قَفِيزَ حنطةٍ. لَزِمه مئةُ درهمٍ إلَّا قيمةَ الدينارِ أو القَفِيزِ.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وقال محمدٌ: لا يَصِحُّ الاستثناءُ مِن غيرِ الجنسِ[1].

وجْهُ قولِهما: أن الاستثناءَ مِن غيرِ الجنسِ سائغٌ في اللغةِ، قال اللَّهُ تعالى: ﴿فَسَجَدَ ٱلْمَلَٰٓئِكَةُ كُلُّهُمْ أَجْمَعُونَ ﴿٣٠﴾ إِلَّآ إِبْلِيسَ﴾ [الحجر: ٣٠: ٣١]، وقال: ﴿لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا وَلَا تَأْثِيمًا ﴿٢٥﴾ إِلَّا قِيلًا سَلَٰمًا سَلَٰمًا ﴿٢٦﴾﴾ [الواقعة:٢٥، ٢٦]. وإذا ساغَ ذلك جازَ حمْلُ الإقرارِ عليه.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الاستثناءَ وُضِع لِيُخْرِجَ مِن الكلامِ ما لولاه لدخَل فيه، وهذا لا يُوجَدُ في غيرِ الجنسِ فلم يَصِحَّ استثناؤُه، وهذا الذي ذكَره إنما يَصِحُّ إذا كان كلُّ واحدٍ مِن المقرِّ به ومِن الاستثناءِ مِمَّا يثبُتُ في الذمةِ بنفْسِه، فأما إذا كان المستَثْنَى مِمَّا لا يثبُتُ في الذمةِ بنفْسِه، فإنه لا يَصِحُّ استثناؤُه مثلُ الثوبِ.

وقال الشافعيُّ: يَصِحُّ[2].

والدليلُ على فسادِه: أن الثوبَ لا يثبُتُ في الذمةِ إلَّا مؤجَّلًا كالمسلَمِ فيه،

---

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٨٢)، و«العناية» (٧/ ٣٥٤)، و«البناية» (٩/ ٤٥١).

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ٢٤١)، و«الحاوي» (٧/ ٢٤)، و«بحر المذهب» (٦/ ٩٩).



أو بعقدٍ يقتَضِي التخييرَ بينَه وبينَ غيرِه كالخُلْعِ، واستثناؤُه مطلقًا لا يقتَضِي ثبوتَ هذه المعاني، فلم يَجُزْ أن يَخرُجَ مِن إقرارِه ما لا يَتضمَّنه كلامُه.

فإن قيل: استثناءٌ لا يَرْفَعُ الجملةَ، فوجَب أن يَصِحَّ كما لو كان مِن جنسِه.

قيل له: لا نُسلِّمُ أن هذا استثناءٌ؛ لأن الخلافَ في هذا واقِعٌ.

قال: وإن قال: له عليَّ مئةٌ ودرهمٌ فالمئةُ دراهمُ، وإن قال: مئةٌ وثوبٌ لَزِمه ثوبٌ واحدٌ، والمَرْجِعُ في تفسيرِ المئةِ إليه.

والأصلُ في هذا أنه إذا قال: له عليَّ مئةٌ. ولم يَزِدْ على ذلك فالبيانُ إليه، فأيُّ شيءٍ بيَّن قُبِل قولُه؛ لأن المئةَ عددٌ مُبْهَمٌ يَصِحُّ أن يُفَسَّرَ بكلِّ معدودٍ، فكان الرجوعُ[1] إلى قولِ المقِرِّ في ذلك، فأما إذا قال: مئةٌ ودرهمٌ. فالقياسُ أن يَجِبَ الدرهمُ ويُرْجَعَ في تفسيرِ المئةِ إليه، وهو قولُ الشافعيِّ[2]، والاستحسانُ أن تكونَ المئةُ كلُّها دراهمَ.

وجْهُ القياسِ: أن المئةَ عددٌ مُبهَمٌ، والدرهمُ ليس بتفسيرٍ له، بل هو معطوفٌ عليه، وقد يُعْطَفُ غيرُ الجنسِ على الجنسِ، فبَقِي العددُ الأوَّلُ على إبهامِه، فوجَب أن يُرْجَعَ إليه في بيانِه.

وجْهُ الاستحسانِ: هو أن الناسَ يستَثْقِلُون التكرارَ في البيانِ، فلا يقولون: مئةُ درهمٍ ودرهمٍ، ويقولون: مئةٌ ودرهمٌ، والمرادُ بالجميعِ مِن جنسٍ واحدٍ فحُمِل على ذلك بالعادةِ؛ ولأن حرفَ العطفِ يقتَضِي تساوِي الشيئَينِ كما يقتَضِيه حرفُ

(١) بعده في (ض): «أولى».

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ٢٣٥)، و«الحاوي» (٧/ ١٧، ١٨)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣٧٧).



التثنيةِ، هذا ظاهرُ الكلامِ، فوجَب أن يُحْمَلَ الإقرارُ عليه، وعلى هذا كلُّ شيءٍ يُقْسَمُ بعضُه في بعضٍ إذا ذكَره بعدَ المئةِ؛ لأنه بمنزلةِ الشيءِ الواحدِ.

فأما إذا قال: مئةٌ وثوبٌ. فالقولُ قولُه في المئةِ؛ وكذلك كلُّ شيءٍ لا يُكالُ، ولا يُوزنُ، ولا يُعَدُّ؛ لأن قولَه: عليَّ مئةٌ. يقتَضِي ثبوتَها في الذمَّةِ، وقولُه: وثوبٌ. ليس بتفسيرٍ؛ وإنما هو معطوفٌ عليه، وهو مِمَّا لا يثبُتُ في الذمَّةِ بنفْسِه وذلك يقتَضِي تغايُرَ الأمْرَيْنِ، فلم يُمْكِن أن يُجْعَلَ أحدُهما مِن جنسِ الآخَرِ بظاهِرِ اللفْظِ فرَجَعْنا إلى بيانِ المقِرِّ.

وعلى هذا إذا قال: مئةٌ وثوبانِ. لَزِمه ثوبانِ، والقولُ قولُه في المئةِ.

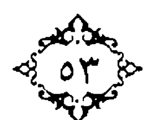
فأما إذا قال: مئةٌ وثلاثةُ أثوابٍ. فالجميعُ ثيابٌ؛ وذلك لأن قولَه: مئةٌ وثلاثةٌ. إقرارٌ بعدَدَيْنِ مُبْهَمَيْنِ، وقولُه: أثوابٍ. تفسيرٌ، وكلُّ واحدٍ منهما يَحتاجُ إلى التفسيرِ فكان تفسيرًا لهما.

وقد قالوا: إذا قال: له عليَّ مئةُ درهمٍ ونَيِّفٌ. فالقولُ قولُه في النَّيِّفِ إن ذكَر أقلَّ مِن درهمٍ أو[1] أكثرَ منه، وذلك لأن النيِّفَ عبارةٌ عما زاد وأناف، ومنه جَبَلٌ مُنِيفٌ، وإذا كان الاسمُ عبارةً عن الزيادةِ حُمِل عليها قلَّتْ أم كثُرَتْ[2].

ولو قال: له عليَّ بِضْعٌ وخمسونَ درهمًا. فالبِضعُ ثلاثةٌ فصاعِدًا، وليس له أن ينقُصَ مِن ثلاثةٍ في بيانِه؛ وذلك لِما رُوِي: أنه لمَّا نزَل قولُه تعالى: ﴿وَهُم مِّنۢ بَعۡدِ غَلَبِهِمۡ سَيَغۡلِبُونَ ٣ فِي بِضۡعِ سِنِينَۗ لِلَّهِ ٱلۡأَمۡرُ مِن قَبۡلُ

(١) في (ح، ض، ع): «و».

(٢) ينظر: «الأصل» (٨/ ٢٩٤)، و«المبسوط» (١٨/ ٩٩)، و«رد المحتار» (٥/ ٥٩٩).



﴿وَمِنۢ بَعۡدُۚ﴾ [الروم:٤]. خاطَرَ[1] أبو بكرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قريشًا على أن الرومَ تَغْلِبُ فارسَ إلى ثلاثِ سنينَ، فقال له النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «(٢ما البِضْعُ في لُغَتِكَ؟» قال: مِن ثلاثةٍ إلى سبعةٍ. فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ٢): «زِدْ فِي الخَطَرِ وَأَبْعِدْ فِي الأَجَلِ»[3].

وهذا يدُلُّ على أنه أقلُّ ما يَتناوَلُه اسمُ البِضْعِ ثلاثةٌ، وإذا كان كذلك لم يُصَدَّقْ في النقْصانِ منها[4].

(٥وقد قالُوا٥): إذا قال: له عليَّ عشَرةُ دراهمَ ودانِقٌ[6]، أو قيراطٌ. فالدانِقُ والقيراطُ مِن الدراهمِ؛ لأنه عبارةٌ عن جزءٍ مِن درهمٍ، فصار كأنه قال: عشرةٌ وسُدْسٌ.

قال: ومَن أقرَّ بحقٍّ، وقال: إن شاء اللَّهُ. مُتَّصِلًا بإقرارِه لم يَلْزَمْه الإقرارُ.

وذلك لأن المشيئةَ تَمْنَعُ مِن لزومِ ما يَلْزَمُ عندَ عدمِها، قال اللَّه تعالى:

---

(١) في (غ، ي): «خاطب»، وفي (ض٢): «حاظر».

(٢-٢) ما بين القوسين ليس في (غ، ل، ي).

(٣) أخرجه أحمد (٢٧٦٩)، والبخاري في «خلق أفعال العباد» (٩٤)، والترمذي (٣١٩٣)، والنسائي في «الكبرى» (١١٣٢٥)، وابن جرير في «تفسيره» (١٨/ ٤٤٨، ٤٤٩) من حديث ابن عباس. وينظر: «تفسير عبد الرزاق» (٢/ ١٠١).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٥): «خاطر: أي راهن، والخَطَر بالتحريك: الرهن وما يخاطر عليه، ولا يقال إلا في شيء له قدر ومزية».

(٤) ينظر: «تهذيب اللغة» (١/ ٣٠٩)، و«الصحاح» (٣/ ١١٨٦)، و«الغريبين» (١/ ١٨٥)، و«المحكم» (١/ ٤١٩).

(٥-٥) في (ي): «فصل».

(٦) الدانق: بفتح النون وكسرها، سدسُ الدرهم، والدانق يساوي قيراطين، وعليه فالقيراط نصف دانق. ينظر: «مختار الصحاح» (ص ١٠٨، ٢٥١)، و«المغرب» (ص ١٦٩).



﴿سَتَجِدُنِىٓ إِن شَآءَ ٱللَّهُ صَابِرًا وَلَآ أَعْصِى لَكَ أَمْرًا﴾ [الكهف:٦٩]. ولـم يَصْبِرْ، ولم يكُنْ مخالفًا لوعدِه.

قال: ومَن أقرَّ وشَرَط الخيارَ لَزِمه الإقرارُ وبطَل الخيارُ.

وذلك لأن الخيارَ يُشرَطُ[1] للفسخِ، والإقرارُ لا يَصِحُّ فسخُه بعْدَ وجودِه.

قال: ومَن أقرَّ بدارٍ واستَثْنى بناءَها لنفْسِه، فللمقرِّ له الدارُ والبناءُ.

وذلك لأن إقرارَه بالدارِ إقرارٌ بثبوتِ يدِه عليها وعلى ما اتَّصَل بها مِن البناء، واستثناؤُه لِما في يدِ الغيرِ لا يَصِحُّ، ولا يُشْبِهُ هذا إذا قال: إلَّا بيتًا منها أو إلَّا ثلثَها. لأنه أخرَج باستثنائه بعضَ ما تلفَّظ به مِن الإقرارِ فصحَّ استثناؤُه، وفي مسألتِنا البناءُ دخَل في الإقرارِ مِن طريقِ المعْنى، والاستثناء يَصِحُّ مِن الملفوظِ به.

قال: وإن قال بناءُ هذه الدارِ لي والعَرْصَةُ[2] لفلانٍ؛ فهو كما قال.

وذلـك لأن العَرْصةَ عبارةٌ عن البقعةِ دُونَ البنـاءِ، فكأنه صرَّح بذلك وقال: بياضُ هذه الأرضِ دُون البناءِ لفلانٍ. فيَصِحُّ إقرارُه.

قال: ومَن أقرَّ بتمرٍ في قَوْصَرَّةٍ[3] لَزِمه التمرُ والقَوْصَرَّةُ، ومَن أقرَّ بدابَّةٍ في إصْطَبْلٍ لَزِمه[4] الدابَّةُ خاصةً.

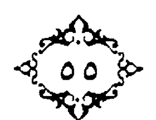
---

(١) في (أ٢، ح٢، ر، س): «شرط»، وفي (غ، ل): «يشرط».

(٢) العرصة بوزن الضربة: كل بقعة بين الدور واسعة ليس فيها بناء والجمع العِراص والعَرَصات. ينظر: «مختار الصحاح» (ص ٢٠٥).

(٣) القوصرة بالتشديد والتخفيف: وعاء التمر، يتخذ من قصب. ينظر: «المغرب» (ص ٣٨٥).

(٤) في (ل، ي): «لزمته».



وذلك لأنه أقرَّ بحصولِ الغصبِ في التمرِ وهو في قَوْصرَّةٍ، وذلك لا يكون إلا بإيقاعِ الفعلِ في قَوْصرَّةٍ فلَزِماه؛ وأما الإصْطَبْلُ، فلا يَصِحُّ غصبُه عند أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ فلا يُضْمَنُ عندَهما، وعند محمدٍ: العقارُ يُضْمَنُ بالغصبِ فلَزِماه[1].

قال: وإن قال غَصَبْتُ[2] ثوبًا في مِنْدِيلٍ لَزِماه جميعًا.

لأن المنديلَ يَصِحُّ أن يكونَ ظَرْفًا للثوبِ، وقد أقرَّ بحصولِ الغصبِ فيه، وهو في مِنديلٍ، وحقيقةُ ذلك إنما يكونُ بإيقاعِ الفعلِ في المنديلِ، فلذلك لَزِماه جميعًا.

وقال الشافعيُّ في هذه المسائلِ كلِّها: لا يَلْزَمُه الظرْفُ، قال: لأنه أقرَّ بشيءٍ في ظَرْفِه فوجَب أن لا يكونَ مُقِرًّا بظَرْفِه كقولِه[3]: دابةٌ في إصْطَبْلٍ، ونخلةٌ في بستانٍ[4].

والجوابُ: أن إيقاعَ الفعلِ لا يُمْكِنُ في الثوبِ الملفوفِ إلا بعْدَ إيقاعِ الفعلِ في ظَرْفِه فدخَل في ضمانِه، ويُمكِن إيقاعُ الفعلِ في الدابةِ دُونَ موضعِها، فلم يَدْخُلْ في ضمانِه.

قال: وإن قال: له عليَّ ثوبٌ في ثوبٍ لَزِماه، وإن قال: في عشرةِ أثوابٍ لم يَلْزَمْهُ عندَ أبي يوسفَ إلا ثوبٌ واحدٌ، وقال محمدٌ: يَلْزَمُهُ أحدَ عشرَ ثوبًا[5].

---

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٨٠)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢١)، و«العناية» (٨/ ٣٤١).

(٢) في (ي): «غصبته».

(٣) بعده في (س): «له».

(٤) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢١١)، و«الحاوي» (٧/ ٢٥)، و«المهذب» (٣/ ٤٨١)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٦٦)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣٨١).

(٥) ينظر: «الأصل» (٨/ ١٩٢)، و«المبسوط» (١٧/ ١٩٣)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢١).

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن عشرةَ أثوابٍ لا يكونُ في العادةِ ظرْفًا للثوبِ، وما لا يكونُ ظرْفًا يَبْطُلُ حرفُ الظرفِ فيه وصار كقوله: درهمٌ في درهمٍ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الواجبَ حملُ الكلام على الصحةِ ما أَمْكَنَ، ويَجوزُ أن تكونَ عشرةُ أثوابٍ ظرْفًا للثوبِ بأن يُجْعَلَ في وسَطِها، وإذا أَمْكَن تصحيحُ الإقرارِ مِن هذا الوجْهِ صار كقولِه ثوبٌ في ثوبٍ، أو في مِنديلٍ، فيَلْزَمُه الجميعُ.

قال: ومَن أقرَّ بغصبِ ثوبٍ وجاء بثوبٍ مَعِيبٍ فالقولُ قولُه فيه؛ وكذلك لو أقرَّ بدراهمَ وقال: هي زُيُوفٌ[1].

يعني: أقرَّ بغصبِها، وذلك لأن الغصبَ إيقاعُ فِعْلٍ في عينٍ؛ وذلك لا يقتَضِي صحةَ العينِ، بل يُمْكِنُ إيقاعُه في الصحيحِ والمعيبِ، والجيادِ والزُّيوفِ، فكان القولُ قولَه فيما وقَع فيه الغصبُ، وصَل كلامَه أو قطَع.

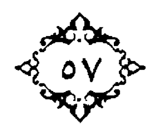
وقد رُوِي عن أبي يوسفَ روايةٌ أخرى، إذا قال: غصبْتُه ألفَ درهمٍ. وقطَع، ثم قال: هي زيوفٌ. أنه لا يُصدَّقُ، والصحيحُ هو الأولُ[2].

وجْهُ هذه الروايةِ: أن الغصبَ يثبُتُ في الذمةِ، وإطلاقُ الدراهمِ يقتَضِي الجيادَ، فإذا سكَت استقرَّ ذلك عليه، فإذا قال: إنها زُيُوفٌ لم يُصدَّقْ؛ لأنه غيرُ الظاهرِ فلم يَصِحَّ بيانُه به.

---

(١) الزيوف: جمع زيف بتسكين الياء وهو اسم، وبالتشديد زيف هو نعت، والزائف كذلك، وقد زاف يزيف وزيفه الناقدُ أي: لم يأخذه ونفاه مِن الجيد، وهو الذي خُلِط به نحاس أو غيره ففاتت صفة الجودة ولم يخرج مِن اسم الدراهم. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٠٩).

(٢) ينظر: «الأصل» (٨/ ٢١٤)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٣٠٥)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢١٥)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢٠).



ولو قال: أَوْدَعَنِي ألفَ درهمٍ، وقال: هي زُيُوفٌ. قُبِلَ قولُه، وصَل أو قطَع في قولِهم؛ لأن الوديعةَ قبْضٌ؛ وذلك لا يقتَضِي صحةَ المقبوضِ، بل يقَعُ في كلٍّ واحدٍ منهما فقُبِل قولُه في البيانِ.

وفرَّق أبو يوسفَ بين الوديعةِ والغصبِ، على الروايةِ الثانيةِ عنه: بأن الوديعةَ لا تثبُتُ في الذمةِ، فالقولُ قولُه في بيانِها، والغصبُ يثبُتُ في الذمةِ، فإذا استقرَّ الإقرارُ بسكوتٍ لم يُقبَلْ قولُه في بيانِ نقصانِ الصفةِ، إذا قال له: عليَّ ألفُ درهمٍ مِن ثمنِ مبيعٍ، ثم قال: هي زُيُوفٌ. لم يصدَّقْ عند أبي حنيفة، وصَل أو قطَع وعليه جيادٌ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: إن وصَل كلامَه صُدِّقَ[1].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن العقدَ يقتَضِي صحةَ المعقودِ عليه فلا يُقبَلُ قولُه في استحقاقِ المعيبِ، كما لو قال: بعتُكَ هذا العبدَ على أنه معيبٌ أنه لا يُصدَّقُ على ذلك وإن وصَل.

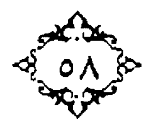
وجْهُ قولِهما: أنه لما وصَل ذلك بإقرارِه فقَدِ الْتَزَم مالًا يَصِفُه، فكان القولُ قولَه، كما لو قال: ألفُ درهمٍ سُودٍ مِن ثمنِ مبيعٍ.

وإذا قال له: عليَّ ألفُ درهمٍ قرضٌ، ثم قال: هي زُيوفٌ، ففيه روايتانِ عن أبي حنيفةَ؛ إحداهما: لا يُقبلُ قولُه وصَل أو قطَع؛ لأنه معاوضةُ تمليكِ الشيءِ بمثلِه فصار كالبيعِ.

وفي الروايةِ الأخرى: يُقْبَلُ قولُه إذا وصَل؛ لأن القَرْضَ يَتِمُّ بالقبضِ فهو

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢١٥).



كالغصبِ، ولو قال: غصبْتُه ألفَ درهمٍ زُيُوفًا كان القولُ قولَه، كذلك هذا[1].

وإذا قال له: عليَّ ألفُ درهمٍ، ولم يَنْسُبْه إلى بيعٍ ولا قرضٍ، ثم قال: هي زُيُوفٌ. لم يُصدَّقْ إن قطَع الكلامَ في قولِهم؛ لأنه لم ينسُبْه إلى عقدٍ يقتَضِي صحةَ المعقودِ عليه، فإذا وصَل الزيوفَ بكلامِه صُدِّقَ، وإن قطَع لم يُصدَّقْ؛ لأنه عدَل عن ظاهرِ كلامِه، وهو أن إطلاقَ الدراهمِ يقتَضِي الجيادَ فلا يُصدَّقُ[2].

وعلى هذا إذا قال: بَهْرَجَةٌ[3] في جميعِ ما ذَكَرْنا.

فأما إذا قال: هي سَتُّوقةٌ[4]، أو رَصاصٌ فإنه يُصدَّقُ في الوديعةِ والغصبِ إذا وصَل؛ وذلك لأن الستوقَ ليس بدراهمَ فإذا بيَّن بكلامٍ منقطِعٍ فيريدُ الرجوعَ عمَّا أقرَّ به فلا يَصِحُّ، ولو قال: ابتعتُها بألفِ درهمٍ ستوقةٍ. لم يُصدَّقْ في قولِ أبي حنيفةَ وعليه ألفٌ جيادٌ؛ لأن العقدَ يقتَضِي صحةَ المعقودِ عليه، فكما لا

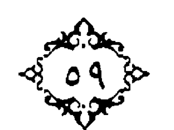
---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢١٥)، و«البناية» (٩/ ٤٦٠).

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢١٥).

(٣) في (ج، ح، غ): «نبهرجة». وكلا اللفظين مذكور في كتب الحنفية؛ فالأول بغير النون ورد ذكره في «شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٣٠٥)، و«المبسوط» (٩/ ٢٤)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٣٩٥)، وورد بالنون في «الأصل» (٥/ ٣٢٥)، (٨/ ٢١٣)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٢/ ٢٠)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢١٥)، ويقال: دراهم بَهْرَجة، ونَبَهْرَجة، كما في «الزاهر في معاني كلمات الناس» (٢/ ٧٥). والبهرج: الدرهم الذي فضته رديئة، وقيل الذي الغلبة فيه للفضة. ينظر: «المغرب» (ص ٥٣).

(٤) السَّتُّوق: بفتح السين وضمها مشددة التاء، فهي فارسي معرب، وفارسيته سه تاه، وهو على صورة الدراهم، وليس له حكمها، إذ جوفه نحاس ووجهاه جعل عليهما شيء قليل من الفضة لا يخلص. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٠٩).



يُصدَّقُ عندَه في الزيوفِ كذلك الستوقُ، وقال أبو يوسفَ: يُصَدَّقُ والبيعُ فاسدٌ؛ لأنه أقرَّ بالبيعِ بثمنٍ موصوفٍ فيُصدَّقُ فيه كالسُّودِ والبِيضِ[1]؛ وإنما فسَد البيعُ؛ لأن السَّتُّوقَ لا يَصِحُّ إطلاقُها في البيعِ، كما لا يَصِحُّ إطلاقُ العُروضِ البِيضِ[2] كذلك.

قال: وإن قال: له عليَّ خمسةٌ في خمسةٍ. يريدُ الضرْبَ والحسابَ لَزِمه خمسةٌ واحدةٌ.

وقال زفرُ: يَلْزَمُه خمسة وعشرونَ[3].

وجْهُ قولِهم: أن حقيقةَ الضربِ تتأتَّى فيما له مساحةٌ، والأعدادُ لا مساحةَ لها، فلم يَصِحَّ فيها الضربُ؛ وإنما يذكَرُ ذلك فيها على وجْهِ التشبيهِ، ومعناه: خمسةُ دراهمَ إذا ضمَّتْ إلى مثلِها أربعَ مرَّاتٍ كانت خمسةً وعشرينَ، وذلك لم يتضمَّنْه لفظُ الإقرارِ فلم يَلْزَمْه.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن قولَه: «خمسةٌ في خمسةٍ» في العادةِ يُعبَّرُ به عن خمسةٍ وعشرينَ، فصار لخمسةٍ وعشرينَ عبارتانِ، فيَلْزَمُه بإحداهما ما يَلْزَمُه بالأُخْرى.

قال: فإن قال: أردتُ خمسةً مع خمسةٍ لَزِمه عشرةٌ.

لأن (في) تكون بمعنى (مع)، قال اللَّهُ تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي﴾ [الفجر: ٢٩]

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٠١)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢١٦)، و«البناية» (٩/ ٤٥٩).

(٢) من (ح، س، ض، ع، ي).

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢١)، ووقع في «الهداية» (٣/ ١٨١)، و«العناية» (٨/ ٣٤٤)، و«البناية» (٩/ ٤٤٥) ذكر الحسن بدلاً من زفر، وقال العيني: «أي: قال الحسن بن زياد».

أي: مع عبادِي، فإذا قصَد ذلك صُدِّقَ[1].

قال: وإذا قال: له عليَّ مِن درهمٍ إلى عشرةٍ. لَزِمه تسعةٌ عند أبي حنيفةَ، يَلْزَمُه الابتداءُ وما بعْدَه، وتسقُطُ الغايةُ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: تَلْزَمُه العشَرةُ كلُّها.

وقال زفرُ: يَلْزَمُه ثمانيةٌ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الابتداءَ يُحتاجُ إليه لِيُبْنَى عليه العددُ، فلو أَسْقَطْناه احتَجْنا إلى ابتداءٍ آخَرَ، فلذلك لَزِمه ولم يسقُطْ، وأما الغايةُ فلا يُحتاجُ إليها في العددِ، وهي تارةً تدخُلُ في الكلامِ، وتارةً لا تَدْخُلُ، فلا يَلْزَمُه إثباتُها بالشكِّ.

وجْهُ قولِهما: أن العشرةَ مذكورةٌ في لفظِ الإقرارِ، والغايةُ قد تَخْرُجُ مِن الكلامِ، وقد لا تَخْرُجُ، فلا يسقُطُ شيءٌ مما تضمَّنه لفظُه بالشكِّ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن الابتداءَ والغايةَ لا يَدْخُلانِ في الكلامِ كقولِه: بعتُكَ مِن هذا الحائطِ إلى هذا الحائطِ، ولا خلافَ أنه يكونُ على ما بينَهما، كذلك في الإقرارِ.

قال: وإذا قال: له عليَّ ألفُ درهمٍ مِن ثمنِ عبدٍ اشتريتُه منه[3]، فإن ذكَر عبْدًا بعَيْنِه قِيل للمُقَرِّ له: إن شئتَ فسلِّم العبدَ وخُذِ الألفَ، وإلا فلا شيءَ لكَ. وإن قال: مِن ثمنِ عبدٍ. لم يُعَيِّنْه لَزِمه الألفُ في قولِ أبي حنيفةَ.

---

(١) ينظر: «تهذيب اللغة» (١٥/ ٤١٨)، و«المخصص» (٤/ ٢٤١)، و«الإبانة في اللغة» للعوتبي (١/ ٣٦٨).

(٢) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٨١)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢٠)، و«العناية» (٨/ ٣٤٤)، و«البناية» (٩/ ٤٤٥).

(٣) كتب بعده في (ح) بين السطور: «ولم أقبضه». وصحح عليه، وهو الموافق لما في مصادر التخريج.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: القولُ قولُ المطلوبِ أنه لم يَقْبِضْه إذا وصَل كلامَه، وإن قطَع لم يُصَدَّقْ[1]، وهو قولُ الشافعيِّ رَحِمَهُ اللَّهُ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن إقرارَه يتضمَّنُ ثبوتَ الدَّيْنِ في ذمتِه، وإضافتُه إلى مبيعٍ غيرِ معيَّنٍ يقتَضِي إسقاطَه، فلم يُصدَّقْ في الرجوعِ، يُبَيِّنُ ذلك أنه لا يَخْلُو أن يدَّعِيَ جهالةَ المبيعِ حالَ العقدِ، فلا يستَحِقَّ عليه ثمنَه، أو يدَّعِيَ أنه كان معلومًا ثم جُهِل، وهذا أيضًا يُفْسِدُ العقدَ.

ألا تَرى أن مَن اشتَرى عبدًا فاختلَط بغيرِه فسَد البيعُ[3]، فصار ذلك بمنزلةِ الرجوعِ عما أقرَّ به؛ فلا يُقْبَلُ منه.

وجْهُ قولِهما: أنه أقرَّ بمالٍ مِن جهةِ البيعِ[4]، والأصلُ في المبيعِ عدمُ القبضِ فكان القولُ قولَه، كما لو كان المبيعُ معيَّنًا.

الجوابُ: أن المبيعَ المعيَّنَ يَجوزُ أن يَلْزَمَه ثمنُه فقد أضاف الدَّينَ إلى جهةٍ يَجوزُ ثبوتُه منها[5]، فكان القولُ قولَه مِن أيِّ جهةٍ لَزِمه، والمبيعُ المجهولُ بخلافِه، وعلى قولِهما إذا قطَع لا يُقْبَلُ قولُه كما لا يُقبَلُ الاستثناءُ المنقطِعُ.

وقد قيل: على قولِهما يُرجَعُ إلى المقَرِّ له فإن صدَّقه أنه مِن ثمنِ عبدٍ فالقولُ

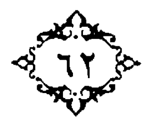
(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٠١)، و«الهداية» (٣/ ١٨٣)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢١٦)، و«العناية» (٨/ ٣٦٣).

(٢) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٧٥)، و«التهذيب» للبغوي (٤/ ٢٤٧)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣٩٦).

(٣) في (ي): «العقد».

(٤) في (ح٢، غ، ي): «المبيع».

(٥) في (س): «فيها».



قولُه أنه لم يَقْبِضْه؛ لأن العبدَ لا يَصِيرُ في ضمانِه إلا بالقبضِ، فلا يُقبَلُ قولُ البائعِ عليه في القبضِ، وإن جَحَد لَزِمه المالُ؛ لأنه يريدُ الرجوعَ عمَّا أقرَّ به فلا يُقبَلُ منه.

قال: ولو قال له: عليَّ ألفُ درهمٍ مِن ثمنِ خمرٍ أو خنزيرٍ لَزِمه الألفُ ولم يُقْبَلْ تفسيرُه.

وذكَر الحاكِمُ[1] هذه المسألةَ على الخلافِ، وأنَّ على قولِ أبي يوسفَ، ومحمدٍ لا يَلْزَمُه شيءٌ[2].

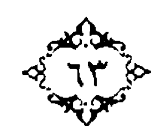
وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنه أقرَّ بالمالِ وثبَت في ذمتِه، ثم أضافه إلى جهةٍ لا يثبُتُ منها؛ لأن ثمنَ الخمرِ والخنزيرِ لا يَلْزَمُ المسلِمَ فلا يُصدَّقُ[3] في إسقاطِه.

---

(١) هو: محمد بن محمد بن أحمد، أبو الفضل المروزي السلمي البلخي، الشهير بالحاكم الشهيد: قاض ووزير، كان عالم مرو، وإمام الحنفية في عصره، ولي قضاء بخارى، ويروي عن أحمد ابن حنبل، وسمع منه أئمة خراسان وحفاظها قاطبة منهم الحاكم أبو عبد الله، وصنف الكثير وجمع فأحسن، ومن كتبه: «الكافي»، و«المقنع»، و«المنتقى». قال الحاكم في «تاريخ نيسابور»: ما رأيت في جملة من كتبت عنهم من أصحاب أبي حنيفة أحفظ للحديث، وأهدى إلى رسومه، وأفهم له منه، وقُتِل شهيدًا وهو في صلاة الصبح، في ربيع الأول سنة (٣٣٤هـ). ينظر: «الجواهر المضية» (٢/ ١١٢)، و«تاج التراجم» لابن قطلوبغا (ص ٢٧٢)، و«سلم الوصول» (٧/ ١٩)، و«الأعلام للزركلي» (٧/ ١٩).

(٢) ينظر: «الأصل» (٨/ ٤١٤)، و«المبسوط» (١٨/ ٢٢)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢١٦)، و«الهداية» (٣/ ١٨٣).

(٣) هنا ينتهي السقط في النسخة (أ) والذي بدأ عند قول المصنف: «عن أبي يوسفَ في رجل قال: لفلانٍ عليَّ شيءٌ مِن الدراهمِ، أو مِن دراهمَ». تحت قول الماتن: «ولو قال: كذا وكذا درهمًا لم يُصدَّقْ في أقلَّ مِن أَحَدٍ وعشرينَ درهمًا».



وجْهُ قولِهما: أنه أضاف المالَ إلى جهةٍ لا يثبُتُ منها فوجَب أن لا يَلْزَمه؛ لأنا لو أَلْزَمناه لأَلْزَمناه غيرَ ما أقرَّ به، وذلك لا يَجوزُ.

قال: ولو قال له: عليَّ ألفٌ مِن ثمنِ متاعٍ وهي زُيُوفٌ، وقال المُقَرُّ له: جيادٌ. لَزِمه الجيادُ في قولِ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يُصدَّقُ إذا وصَل[1].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن عقدَ البيعِ يقتَضِي سلامةَ كل واحدٍ مِن العِوَضَيْنِ، ولو ادَّعى البائعُ أن المشتَرِيَ قد رَضِي بعيبٍ في المبيعِ لم يُصدَّقْ، كذلك إذا ادَّعى المشتَرِي رضا البائعِ بالزيوفِ.

وجْهُ قولِهما: أن قولَه: زيوف. بمنزلةِ الاستثناءِ، فإذا وصَل قُبِل منه، يُبَيِّنُ ذلك أن حقَّه في الجودةِ والقدْرِ، ولو استَثْنَى مِن القدْرِ صحَّ، كذلك إذا استَثْنَى[2] الصفةَ.

قال: ومَن أقرَّ لغيرِه بخاتَمٍ، فله الحلْقةُ والفَصُّ.

لأن اسمَ الخاتمِ يتناوَلُ الحلقةَ والفَصَّ، ولهذا يدْخُلُ في بيعِه مِن غيرِ تسميةٍ، وإذا تناوَلهما الاسمُ لَزِماه بالإقرارِ.

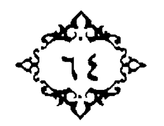
قال: وإن أقرَّ بسيفٍ فله النَّصْلُ[3]، والجَفْنُ[4]،..........

(١) ينظر: «الأصل» (٨/ ٤١٢)، و«الهداية» (٣/ ١٨٤)، و«العناية» (٨/ ٣٦٧).

(٢) بعده في (س): «من».

(٣) نصل السيف: حديدتُه، وكذلك نصل السهم، والجمع نُصول ونِصال. «المغرب» (ص٤٦٦).

(٤) جَفن السيف: غِمده وغِلافه، والجمع جفون وقد يجمع على أجفان. ينظر: «مختار الصحاح» (ص ٥٩)، و«المصباح المنير» (١/ ١٠٣).



والحَمائلُ[1]، وإن أقرَّ بحَجَلةٍ[2] فله العِيدانُ[3] والكِسوةُ.

وذلك لأن الاسمَ يتناوَلُ جميعَ ذلك حالَ الإطلاقِ بالعُرْفِ، فحُمِلَ الإقرارُ عليه ولَزِمه الجميعُ.

قال: وإن قال: لحمْلِ فلانةَ عليَّ ألفُ درهمٍ، فإن قال: أوْصَى به له فلانٌ، أو مات أبوه فوَرِثه، فالإقرارُ صحيحٌ.

لأن الحقَّ يثبُتُ للحمْلِ مِن هذه الجهةِ، فإذا أضاف الإقرارَ إلى جهةٍ يَصِحُّ وجوبُ الحقِّ له منها لَزِمه.

قال: وإن أَبْهَم الإقرارَ لم يَصِحَّ عندَ أبي يوسفَ.

وقال محمدٌ: يَصِحُّ[4]، وهو أحدُ قولَي الشافعيِّ[5].

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الحملَ يَصِحُّ الإقرارُ له مِن وجهٍ دُونَ وجهٍ، وهو ما بيَّنَّاه مِن الوصيةِ والميراثِ، ولو قال: باعني أو أَقْرَضَنِي لم يَصِحَّ لِعِلْمِنا بُطْلانَه، فإذا أطلَقَ الإقرارَ لم يَلْزَمْه بالشكِّ؛ ولأنه إقرارٌ لمجهولٍ لأنه لا يُعْلَمُ واحدٌ هو

(١) الحمائل: جمع حمالة بكسر الحاء، وهو المحمل بكسر الميم الأولى وفتح الميم الثانية، وهو العلاقة المموه المطلي بماء الذهب أو الفضة، وليس له حكم الذهب والفضة؛ لأنه لا يخلص إذا أذيب فهو كالمستهلك. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١١٦).

(٢) الحجلة بفتحتين: ستر العروس في جوف البيت، والجمع حجال. ينظر: «المغرب» (ص ١٠٤).

(٣) قال في حاشية (ح): «العيدان برفع النون جمع عود وهو خشب كالديدان جمع دون. كشف». وينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٢٨)، و«المغرب» (١/ ٣٣١).

(٤) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٨١)، و«العناية» (٨/ ٣٤٧)، و«البناية» (٩/ ٤٤٨).

(٥) ينظر: «المهذب» (٣/ ٤٧٩)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٦٢، ٦٣)، و«روضة الطالبين» (١٢/ ١١).

أو أكثرُ، أو هو ذكَرٌ أو أُنْثَى فصار كإقرارِه لواحدٍ مِن الناسِ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الإقرارَ يَجِبُ حملُه على الصحةِ ما أَمْكَن، ويُمْكِنُ حملُه على وجهٍ صحيحٍ فوجَب أن يَصِحَّ، أصلُه إذا أَوْصى لطفلٍ أو بالغٍ.

الجوابُ: أنه يَبْطُلُ إذا قال: لولدِ هذا الحمْلِ عليَّ كذا. (١فإنه يُمْكِنُ١) حملُه على الصحةِ أن يكونَ (٢يُوقَفُ وُقِف٢) على ولدِه ومع ذلك لا يَصِحُّ، والمعنى في الأصلِ أن الإقرارَ يثبُتُ له على طريقِ القطعِ، وفي الحمْلِ يثبُتُ له بشرطٍ.

قال: وإذا أقرَّ بحمْلِ جاريةٍ أو حمْلِ شاةٍ لرجُلٍ صحَّ الإقرارُ ولَزِمه.

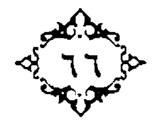
وذلك لأن هذا الإقرارَ له وجهٌ صحيحٌ يُمْكِنُ حملُه عليه، وهو أن يكونَ أَوْصَى به له مالِكُ الجاريةِ ومالِكُ الشاةِ فيَجِبُ حملُه عليه.

وقد قالوا: إذا قال الرجلُ لرجُلٍ: بِعْتَنِي عبدَك، أو أَجَّرْتَنِيه، أو أَعَرْتَنِيه، أو وَهَبْتَنِيه، أو تصدَّقْتَ به عليَّ، ثم قال: لم أَقْبِضْه. فإنه يصدَّقُ، وصَل أو قطَع، وذلك لأن البيعَ يَصِحُّ مِن دونِ القبضِ، وكذلك الإجارةُ، فلا يكونُ في الاعترافِ بهما اعترافٌ بالقبضِ.

وأما الصدقةُ، والهبةُ، والعاريَّةُ وإن كانت لا تَصِحُّ إلا بالقبضِ إلا أنه أقرَّ بإسقاطِ حقِّ نفْسِه عنها، وقولُ الإنسانِ مقبولٌ في إسقاطِ حقِّ نفْسِه وإن خالف ظاهِرَ كلامِه.

(١-١) في (أ٢): «فإنه أمكن»، وفي (ح، ح٢، ض، ع): «فأمكن»، وفي (ي): «ما أمكن».

(٢-٢) في (أ٢): «وقف وقفًا»، وفي (ح٢): «يوقف»، وفي (غ، ل): «يوقف وقفًا»، وفي (ي): «واقف وقفًا»، والمثبت موافق لما في «التجريد» (٧/ ٣٢١٣).

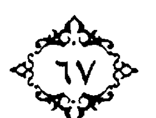


ولو قال: أَقْرَضْتَنِي ألفَ درهمٍ، ثم قال: لم أَقْبِضْها، إنما طلبْتُ منكَ فأقْرَضْتَنِي فلم أَقْبِضْ. فالقياسُ أن يكون القولُ قولَه؛ لأن القرضَ اسمٌ للعقدِ، والقبضُ يَتِمُّ به العقدُ كما يَتِمُّ عقدُ البيعِ، ومعلومٌ أنه لو أقرَّ بالبيعِ لم يدُلَّ على الإقرارِ بالقبضِ كذلك القرْضُ؛ ولأنه أضاف الفِعْلَ إلى المقْرِضِ، ولم يُضِفْه إلى نفْسِه، فلم يكن في اعترافِه ما يدُلُّ على القبضِ، والاستحسانُ أن لا يُصدَّقَ ويَلْزَمَه المالُ؛ لأن القرضَ لا يَتِمُّ إلا بالقبضِ فهو كالقَبولِ في البيعِ، ولو أقرَّ بالبيعِ وجحَد القبولَ لم يُقْبَلْ قولُه، كذلك إذا أقرَّ بالقرْضِ وجحَد القبضَ؛ لأن تصديقَه إخراجُ القرضِ أن يكونَ قرْضًا فلم يُقْبَلْ، والبيعُ بخلافِه.

وعلى هذا: إذا قال: أَعْطَيْتَنِي، أو أَوْدَعْتَنِي، أو أسلَفْتَنِي، أو أسلمتَ إليَّ ألفًا، ثم قال: لم أَقْبِضْها صُدِّق في القياسِ على ما بيَّنَّا، ولا يُصدَّقُ في الاستحسانِ؛ لأن قولَه: أَعْطَيْتَنِي. إذا لم يَقْبِضْ فلم يُعْطِه؛ إنما عرَض عليه العطاءَ، وهو إنما اعترَف بالعطاءِ؛ وكذلك: أَوْدَعْتَنِي. إذا لم يَقْبِضْ يكونُ قد عرَض عليه الوديعةَ ولم يُودِعْه، فأما السَّلَفُ والسَّلَمُ فهو عبارةٌ عن القبضِ؛ ألا ترى أنه عبارةٌ عن عقدٍ يتضمَّنُ تعجيلَ أحدِ البدَلَيْنِ[1] وتأخيرَ الآخرِ، فإن قال في شيءٍ مِن ذلك متَّصِلًا بكلامِه: لم أَقْبِضْ. صُدِّق، فصار بمنزلةِ الاستثناءِ.

وإذا قال: نقَدْتَنِي ألفًا فلم أَقْبِضْها، أو دفَعْتَ إليَّ. فإنه لا يُصدَّقُ في قولِ أبي يوسفَ وإن وصَل؛ لأن قولَه: «نقدتني» يقتَضِي القبضَ بدليلِ أنهم يقولون: فلانٌ يَبِيعُ بالنقْدِ. فيُفهَمُ مِن ذلك التقابضُ، فصار كأنه قال: أَقْبَضْتَنِي. ثم رجَع،

(١) في (ح٢): «العوضين»، وفي (ع): «القولين»، وفي (ي): «العددين».



وقال محمدٌ: يُصَدَّقُ؛ لأنه أضاف النقْدَ إلى فِعْلِ الغيرِ، فصار كقولِه: أَعْطَيْتَنِي. فيُصدَّقُ إذا وصَل[1].

وإذا قال: له عليَّ ألفُ درهمٍ. ثم قال: هي وديعةٌ. لم يُقْبَلْ قولُه؛ لأن ظاهرَ قولِه: عليَّ. يُفِيدُ الدَّيْنَ، فإذا قطَع لَزِمه الإقرارُ، فإذا قال بعْدَ ذلك: هي وديعةٌ. فيُريدُ إسقاطَ ما لَزِمه عن نفْسِه فلا يُقْبَلُ قولُه؛ فأما إذا وصَل ذلك بكلامِه صُدِّقَ؛ لأن الكلامَ لم يستَقِرَّ حتى وصَل به ما يُفِيدُ سقوطَ الضمانِ فكأنه وصَل به استثناءً، ويَصِيرُ معْنى قولِه: عليَّ. أي: عليَّ تسليمُها وحِفْظُها.

وإذا أقرَّ الرجلُ أنه اقتَضَى مِن فلانٍ ألفَ درهمٍ كانت له عليه وقبَضها، وقال المقرُّ له: أخذْتَ مِنِّي هذا المالَ، ولم يكن لكَ عليَّ شيءٌ فرُدَّه عليَّ. فإنه يُجْبَرُ على ردِّه بعْد أن يَحْلِفَ: ما كان لفلانٍ عليه[2] شيءٌ.

وكذلك لو أقرَّ أنه قبَض مِن فلانٍ ألفَ درهمٍ كانت له عندَه وديعةً، وقال فلانٌ: بل هو مالي قبَضْتَه مِنِّي.

فإنه يَرُدُّ المالَ عليه بعْدَ أن يَحْلِفَ أنه ما استوْدَعه، وذلك لأن الاقتضاءَ قبضٌ مضمونٌ؛ وكذلك القبْضُ أيضًا يتعلَّق به الضمانُ، بدليلِ قولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تَرُدَّ[3]».

---

(١) ينظر: «المبسوط» (١٨/ ٢٤)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢١٧)، و«مجمع الضمانات» (ص ٤٦٠).

(٢) في (س، ل): «علي».

(٣) في (ي): «ترده».

والحديث أخرجه أبو داود (٣٥٦١)، والترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٥١)، وابن ماجه (٢٤٠٠) من حديث سمرة. قال الترمذي: «هذا حديث حسن».

وإذا اعترَف المقِرُّ بالضمانِ، ثم ادَّعى سقوطَه لم يُصدَّقْ، ويُستَحْلَفُ المقَرُّ له؛ لأن المقِرَّ يدَّعِي حقًّا عليه، فالقولُ قولُه مع يمينِه.

ولو أن رجلًا قال: أسكنْتُ فلانًا بيتي هذا، ثُم أَخْرَجْتُه، فادَّعى الساكِنُ أنه له، فالقولُ قولُ صاحبِ البيتِ[1] في قولِ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: القولُ قولُ الساكِنِ بعْدَما يَحْلِفُ ما أَسْكَنه، وهو القياسُ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ، وهو الاستحسانُ: أن المقِرَّ أثبَت اليدَ[3] لنفْسِه، ثم أقرَّ أنه أَوْدَعها لغيرِه فلم يُقِرَّ باليدِ للغيرِ على الإطلاقِ، وإنما زعَم أنه الموجِبُ لها، فكان القولُ قولَه.

وجْهُ قولِهما: أنه أقرَّ بيدٍ للساكِنِ، ثم ادَّعى ما يُوجِبُ استحقاقَها فلا يُقْبَلُ دعواه في ذلك؛ ولأن ما ظهَر بإقرارِه كالظاهرِ بالمشاهَدةِ، ولو رأَيْنا الدارَ سكَنها فلانٌ فأخَذها المقِرُّ منه، وزعَم أنه (٤)أعارها إيَّاه(٤) لم يُقْبَلْ قولُه، كذلك إذا أقرَّ بذلك.

وعلى هذا الخلافِ إذا قال: هذه الدابَّةُ لي أَعَرْتُها فلانًا، ثم قبَضْتُها منه، وقال فلانٌ: بل هي دابَّتِي.

---

(١) في (أ، ل): «اليد»، وفي (ي): «البينة».

(٢) ينظر: «الأصل» (٨/ ٣٠٧)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢١٧)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢١).

(٣) في (ي): «البينة».

(٤-٤) في (ج، غ، ل): «أعادها إياه»، وفي (ح): «أعاره إياها».



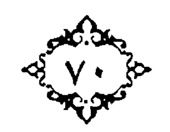
وعلى هذا أيضًا إذا قال: إن فلانًا الخياطَ خاط له قميصَه بنصفِ درهمٍ وقبَض منه القميصَ، وقال الخياطُ: بل هو قمِيصِي أَعَرْتُكه؛ وكذلك الثوبُ يُسلَّمُ إلى الصباغِ، كلُّه على هذا الخلافِ.

ولو قال ربُّ الثوبِ: خاط لي قمِيصِي هذا بنصفِ درهمٍ، ولم يَقُلْ قبضتُه منه لم يَرُدَّ على الخياطِ الثوبَ في قولِهم؛ لأنه لم يَعْتَرِفْ للخياطِ باليدِ لجوازِ أن يكونَ خاطه في منزلِه.

وإذا أقر الرجلُ فقال: لفلانٍ عليَّ ألفُ درهمٍ، لا، بل ألفانِ لَزِمه ألفانِ، وكان القياسُ أن يَلْزَمه ثلاثةُ آلافٍ؛ وذلك لأنه أقرَّ بألفٍ، ثم رجَع عنها؛ لأن (لا) للرجوعِ، و(بل) للاستدراكِ، ورجوعُه لا يُقبَلُ، واستدراكُه يُقْبَلُ على نفسه فيَلْزَمُه المالانِ، كما لو قال: لفلانٍ عليَّ ألفُ درهمٍ، لا، بل مئةُ دينارٍ.

وجْهُ الاستحسانِ: أن الإقرارَ خبرٌ، والخبرُ قد يَقَعُ فيه الغَلَطُ، فإذا قال: لا، بل ألفانِ. فالظاهِرُ أنه استَدْرَكَ الزيادةَ على نفْسه، وهو غيرُ متهمٍ؛ لأنه أَلْزَم نفْسَه أكثرَ مِمَّا أقرَّ به أوَّلًا، فقُبِلَ قولُه.

ولا يُشْبِهُ هذا إذا قال: أنتِ طالقٌ واحدةً لا، بل ثِنْتَيْنِ. أنه يَقَعُ ثلاثُ تطليقاتٍ؛ لأن الطلاقَ وإن كان لفظُه لفظَ الخبَرِ إلا أنه إيقاعٌ في الشرعِ، والموقَعُ يستَحِيلُ أن يُوقَعَ ثانيًا، فرجوعُه عن الموقَعِ الأوَّلِ لا يُقْبَلُ، وإيقاعُه الثاني يَلْزَمُه، فأما الإقرارُ فهو خبرٌ، والمخْبَرُ عنه قد يُخْبَرُ عنه ثانيًا، ووزانُ الطلاقِ مِن الإقرارِ أن يقولَ: قد كنتُ طلقْتُ امرأتِي واحدةً، لا، بل ثِنْتَيْنِ، فيُصدَّقُ في ذلك، ولا يَلْزَمُه أكثرُ مِن اثنتينِ.



وعلى هذا: إذا كان الاستدراكُ في القدْرِ فإنه يَلْزَمُه أكثرُ المالَيْنِ، فإن كان الاستدراكُ في الصفةِ فعليه أَعْلَى الصفتَيْنِ مثلُ أن يقولَ: له عليَّ ألفُ درهمٍ سُودٌ، لا، بل بيضٌ، أو بيضٌ، لا، بل سُودٌ؛ لأنه إن بدَأ بالأَدْونِ، ثم بالأجودِ لم يُتَّهم في الاستدراكِ، فصار كقولِه ألفٌ، لا، بل ألفينِ، فأما إذا بدأ بالأجودِ فيُريدُ بالاستدراكِ إسقاطَ بعضِ ما أقرَّ به فلا يُقبَلُ منه.

والنوعُ الثالثُ: أن يَستدْرِكَ الجنسَ فيَلْزَمُه الإقرارُ[1]، مثلُ أن يقولَ: له عليَّ ألفُ درهمٍ، لا، بل مئةُ دينارٍ، أو كَرُّ حنطةٍ، لا، بل كَرُّ شعيرٍ؛ لأن الإنسانَ في العادةِ لا يَستَدْرِكُ في الجنسِ، وإنما يَستَدْرِكُ في القدْرِ أو في الصفةِ، فهذا رجوعٌ عن الأوَّلِ وإقرارٌ بالثاني، فلا يُقبَلُ رجوعُه ويُقْبَلُ إقرارُه ثانيًا.

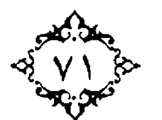
وإذا قال الرجلُ: فلانٌ دفَع إليَّ هذا العبدَ وهو لفلانٍ. وادَّعى كلُّ واحدٍ منهما العبدَ، فإن العبدَ للدافعِ.

ولو قال: هذا العبدُ لفلانٍ دفَعه إليَّ[2] فلانٌ. فهو للمقَرِّ له الأوَّلِ ولا يكونُ للدافِعِ شيءٌ، فإن ادَّعاه الدافِعُ وحلَف ما هو لفلانٍ ضَمِن المستودَعُ؛ لأنه إذا ابتدأ بالإقرارِ للدافعِ، فقد أقرَّ بوجوبِ الردِّ عليه؛ لأن التسليمَ يقتَضِي وجوبَ الردِّ، فإذا قال: وهو لفلانٍ. فقد أقرَّ به بعْدَ ثبوتِه للأوَّلِ، فلا يُقبَلُ قولُه في حقِّ الأوَّلِ، وليس كذلك إذا قال: العبدُ لفلانٍ دفَعه إليَّ فلانٌ؛ لأنه قد أقرَّ به للأوَّلِ، ثم اعترَف للدافِعِ[3] بوجوبِ الردِّ بعْدَ ثبوتِه للأولِ، فلا يُقبَلُ قولُه في حقِّ الأوَّلِ،

(١) في (أ٢، ح، ر): «الإقراران».

(٢) في (ل، غ): «إليه».

(٣) في (ح، ر، ض): «الدافع».



فإن دفَع إلى الأوَّلِ بقضاءٍ فلا ضمانَ عليه للثاني عند أبي يوسفَ، وقال محمدٌ: يَضْمَنُ[1].

[2]لأبي يوسفَ[2]: أن قولَه: دفَعها إليَّ فلانٌ. إقرارٌ بالوديعةِ، ولم يُوجَدْ منه فِعْلٌ على وجْهِ التعدِّي؛ وإنما أزالَ الحاكِمُ يدَه، والمودِعُ إذا زالت يدُه عن الوديعةِ بغيرِ فِعْلِه لم يَضْمَنْ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الحاكمَ إنما أزال يدَه بحكْمِ اعترافِه، فصار هو الموجِبَ لإزالةِ يدِه، فكأنه دلَّ على الوديعةِ مَن أَتْلَفها، وأما إذا سلَّم إلى الأوَّلِ بغيرِ قضاءٍ ضَمِن للثانِي في قولِهم؛ لأنه لما سلَّمها فقد زالتْ يدُه عن الوديعةِ بفِعْلِه، والمودِعُ إذا سلَّم الوديعةَ إلى غيرِ المودَعِ ضَمِن؛ وهذه مسائلُ ثلاثٌ هذه إحداها.

والثانيةُ: إذا قال: هذه الألفُ لفلانٍ، لا بل لفلانٍ. فإن دفَع إلى الأوَّلِ بقضاءٍ لم يَضْمَنْ للثاني؛ لأن الأولَ استَحَقَّ الألفَ، فلما أقرَّ بها للثاني لم ينفُذْ إقرارُه في حقِّ الأولِ ولم يَضْمَنْ للثاني؛ لأن الحاكِمَ أَلْزَمه التسليمَ فيَبْقَى مجرَّدُ الإقرارِ في مِلْكِ الغيرِ، وذلك لا يُوجِبُ الضمانَ، فإن دفَع إلى الأولِ بغيرِ قضاءٍ ضَمِن للثاني؛ لأنه أقرَّ بها للثاني وقد أَتْلَفها بالتسليمِ إلى الأولِ فيَضْمَنُ بالتسليمِ لا بإقرارِه.

والثالثةُ: إذا قال: غصَبْتُ هذا العبدَ مِن فلانٍ، لا بل مِن فلانٍ. وادَّعى كلُّ واحدٍ منهما العبدَ، فإنه يُسلِّمُه إلى الأولِ ويَضْمَنُ للثاني سواءٌ كان بقضاءٍ أو بغير قضاءٍ؛

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢١٣)، و«الهداية» (٣/ ٢١٧).

(٢-٢) في (س): «وجه قول أبي يوسف».



لأن الغصبَ يُوجِبُ الضمانَ على الغاصِبِ وإن زالتْ يدُه بغيرِ فِعْلِه.

قال: وإذا أقرَّ الرجلُ في مرضِ موتِه بدَيْنٍ وعليه دَينٌ في صحتِه، وديونٌ لَزِمتْه في حالِ مَرَضِه بأسبابٍ معلومةٍ، فدَيْنُ الصحةِ والديونُ المعروفةُ بالأسبابِ مقدَّمةٌ، فإذا قُضِيتْ وفَضَل شيءٌ كان فيما أقرَّ به حالَ المَرَضِ.

والكلامُ في هذه الجملةِ يَقَعُ في مسائلَ:

منها: إقرارُ المريضِ حالَ مرَضِه، قال أصحابُنا: القياسُ أن لا ينفُذَ إلا في الثلثِ؛ لأنه يَمْلِكُ ثلثَ مالِه ولا يَمْلِكُ ما زاد على ذلك، بدليلِ أنه لو وهَب ما زاد على الثلثِ لم ينفُذْ، وما لا يَمْلِكُه لا ينفُذُ إقرارُه فيه[1].

وإنما ترَكوا القياسَ لِما رُوِي عن ابنِ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أنه قال في المريضِ: «إذا أقرَّ بدَيْنٍ جاز ذلك عليه في جميعِ تَرِكَتِه»[2]. ولا يُعْرَفُ له مخالِفٌ؛ ولأنه غيرُ متَّهَمٍ فيما يُقِرُّ به للأجنبيِّ، فنفَذ إقرارُه فيه كما يَجوزُ إقرارُ الصحيحِ.

ومنها: أن ديونَ الصحةِ مقدَّمةٌ على ما أقرَّ به حالَ المرضِ[3]، وقال الشافعيُّ: هما سواءٌ[4].

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢٤)، و«مجمع الأنهر» (٢/ ٣٠٢).

(٢) أخرجه محمد بن الحسن في «الأصل» (٨/ ٤٢٠) حدثنا بذلك أبو يوسف، عن محمد بن عبيد اللَّه، عن نافع، عن ابن عمر. وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١١١): «غريب». وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ١٨٠): «لم أجده».

(٣) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣١٨٩)، و«العناية» (٨/ ٣٨٠)، و«البناية» (٩/ ٤٧١).

(٤) ينظر: «الأم» (٧/ ١٢٧)، و«الحاوي» (٧/ ٢٨)، و«المهذب» (٣/ ٤٧٢)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣٥٤).



دليلُنا: أنه مالٌ أَوْجَبه في حالِ مَرَضِه لا يُعْلَمُ سببُه إلا بقولِه، فكان دَينُ الصحةِ أَوْلى منه، أصلُه هِبَتُه ومحاباتُه؛ ولأن حالَ الصحةِ حالُ إطلاقٍ بدليلِ جوازِ التصرُّفِ فيها بكلِّ وجْهٍ، وحالُ المرضِ حالُ حَجْرٍ بدليلِ أن التبرُّعَ فيها لا ينفُذُ كما ينفُذُ حالَ الصحةِ، ودَينُ الإطلاقِ مقدَّمٌ على دَيْنِ الحجْرِ إذا لم يُعْلَمْ سببُه، أصلُه العبدُ المأذونُ إذا أقرَّ، ثم حُجِر عليه فأَقرَّ.

فإن قيل: دَينٌ ثبَت على المريضِ فوجَب أن يُساوِيَ ما ثبَت مثلُه في حالِ الصحةِ، أصلُه إذا ثبَت بالبينةِ.

قيل له: ما[1] ثبَت[2] بالبينةِ قولُ الشهودِ مقبولٌ على المريضِ وعلى غرمائه، فثبَت الدَّيْنُ في حقِّهم فساواهم، وليس كذلك المقِرُّ؛ لأن قولَه مقبولٌ في حقِّ نفْسِه غيرُ مقبولٍ على غرمائه، فثبَت الاستحقاقُ في حقِّه دُونَهم.

ومنها: أن كلَّ دَينٍ وجَب على المريضِ مِن ثمنِ مالٍ ملَكه، أو استهلَكه، أو عُلِم وجوبُه بغيرِ إقرارِه فهو بمنزلةِ دَينِ الصحةِ يُشارِكُ فيه غرماءَ الصحةِ؛ لأن هذا الدَّينَ لمَّا عُلِم سببُه لم تَلْحَقْه فيه تهمةٌ فصار كدَينِ الصحةِ؛ ولأن المريضَ يَحتاجُ إلى ابتياعِ ما يَحتاجُ إليه، فلو لم يَجْعَلْ أثمانَ ذلك كدَينِ الصحةِ امتنَع الناسُ مِن معاملتِه فأضَرَّ ذلك به.

ومنها: أنه إذا استَوفى غرماءُ الصحةِ ديونَهم صُرِف ما بَقِي مِن تركتِه إلى الديونِ التي أقرَّ بها في المرضِ؛ لأن غرماءَ الصحةِ سقَط حقُّهم، وصار كأنَّ

(١) في (ح، ض، ع): «لما».

(٢) في (س، ي): «يثبت».



المريضَ لم يكن له مالٌ إلا ما بَقِي مِن تركتِه ولا دَينَ عليه في الصحةِ، فيُصرَفُ إلى ديونِ المرَضِ.

قال: فإن لم يكن عليه دَينٌ في الصحةِ جاز إقرارُه، وكان المُقَرُّ له أولى مِن الورثةِ.

وذلك لأن إقرارَ المريضِ جائزٌ على ما بيَّنَّاه، وإنما قدَّمْنا عليه دَينَ الصحةِ؛ لأنه متَّهَمٌ في حقِّ غرماءِ الصحةِ، فإذا لم يكن عليه دَينٌ لم يُوجَدْ ذلك، فكان أَولى مِن الوارثِ كغرماءِ الصحةِ.

قال: وإقرارُ المريضِ لوارِثِه باطِلٌ إلا أن يُصدِّقَه بقيةُ الورثةِ.

وهو أحدُ قولَيِ الشافعيِّ، وقال في قولٍ آخَرَ: يَصِحُّ إقرارُه[1].

دليلُنا: ما رُوِي عن ابنِ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «إذا أقرَّ المريضُ لوارِثِه لم يَجُزْ، وإن أقرَّ لأجنبيٍّ جاز بجميعِ مالِه». ذكَره محمدٌ في «الأصلِ»[2]. وقد رُوِي عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نحوُه[3]، ولا يُعْرَفُ لهما مخالِفٌ.

---

(١) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٣٠)، و«المهذب» (٣/ ٤٧٢)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٧٠)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣٥٣).

(٢) ينظر: «الأصل» (٨/ ٤٢٠).

(٣) قال في «البناية» (٩/ ٤٧١): «هذا غريب لم يتصل ثبوته، وأيضًا نسبته إلى عمر غير صحيحة، وإنما هو عن ابن عمر». وقال في «فتح القدير» (٨/ ٢٨٦، ٣٨٧): «قال صاحب «غاية البيان»: فيه نظر؛ لأنه روي في «مبسوط خواهر زاده»، وغيره عن ابن عمر لا عمر، وكذا روي في «الأصل» حديث محمد بن الحسن فيه، عن يعقوب، عن محمد بن عبد اللَّه، عن نافع، عن ابن عمر، أنه قال: «إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فإنه جائز وإن أحاط ذلك بماله». أقول: هذا النظر غير وارد؛ لأن كونه مرويًّا عن ابن عمر لا ينافي كونه مرويًّا =

ولأن المريضَ محجورٌ عليه في حقِّ وارثِه؛ بدليلِ أن الثلثَ الذي يَمْلِكُه، ولا حقَّ لأحدٍ فيه، لا يَجوزُ صرْفُه إلى وارثِه، وهذه صفةُ الحجْرِ، وهو أن يُمنَعَ الإنسانُ مِن التصرُّفِ في مالِه مع عدمِ تعلُّقِ حقِّ الغيرِ به، فصار كالصبيِّ والمجنونِ في حقِّه فلم ينفُذْ إقرارُه له.

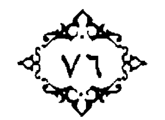
فإن قيل: مَن صحَّ إقرارُه للأجنبيِّ صحَّ إقرارُه لوارثِه، أصلُه الصحيحُ.

قيل له: إنما جاز إقرارُه له حالَ الصحةِ؛ لأنه لو نقَل مِلْكَه إليه بالتبرُّعِ صحَّ، فلم يُتَّهَمْ في الإقرارِ، ألا تَرى أنه كان له أن يَعْدِلَ عن الإقرارِ إلى تمليكِه بالتبرُّعِ ابتداءً، وليس كذلك في حالِ المرَضِ؛ لأنه لا يَملِكُ أن ينقُلَ مالَه إليه بالتبرُّعِ فاتُّهِم أنه أراد تحصيلَ المالِ له فعَدل عمَّا لا ينفُذُ إلى الإقرارِ بوجوبٍ سابقٍ، والأجنبيُّ بخلافِ ذلك.

فأما إذا صدَّقه بقيةُ الورثةِ جاز الإقرارُ؛ لأن المنْعَ كان لحقِّهم؛ ألا تَرى أنه لو صحَّ لسقَط حقُّهم ونفَذ إقرارُه لهم، فإذا رَضُوا فقد أسْقَطُوا حقوقَهم فنفَذ الإقرارُ.

قال: وإذا أقرَّ لأجنبيٍّ في مرضِه، ثم قال: هو ابْنِي. ثبَت نسبُه وبطَل إقرارُه له، ولو أقرَّ لأجنبيةٍ، ثم تزوَّجَها لم يَبْطُلْ إقرارُه لها.

عن عمر أيضًا، فيجوز أن يسنده بعض الفقهاء في النقل إلى أحدهما، كما وقع في الكتب التي ذكرها وبعضهم إلى الآخر، كما وقع في «الهداية»، و«الكافي» وغيرهما، لا سيما إذا اختلفت عبارة الفريقين في النقل، ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب «البدائع»؛ حيث قال: «ولنا ما روي عن عمر وابنه عبد اللَّه رضي اللَّه تعالى عنهما، أنهما قالا: «إذا أقر المريض لوارثه لم يجز، وإذا أقر لأجنبي جاز» انتهى فتدبر». وينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢٤).



والفرْقُ بينَهما أن النسَبَ إذا ثبَت استَند إلى حالِ الولادةِ والعُلُوقِ، فيَحْصُلُ إقرارُه بعْدَ ثبوتِ النسَبِ وذلك لا يَجوزُ، وليس كذلك التزويجُ؛ لأنه يثبُتُ في الحالِ ولا يستَنِدُ إلى حالةٍ متقدِّمةٍ، فيَحْصُلُ الإقرارُ وسببُ الإرثِ غيرُ موجودٍ فصحَّ، فلهذا اختَلَفا.

قال: ومَن طلَّق زوجتَه في مرضِه ثلاثًا، ثم أقرَّ لها بدَيْنٍ ومات فلها الأقلُّ مِن الدَّينِ ومِن ميراثِها منه.

وذلك لأنهما مُتَّهمانِ؛ لجوازِ أن يكونا توصَّلا بالطلاقِ إلى تصحيحِ الإقرارِ، فوجَب أن يثبُتَ مِن ذلك ما لا تُهمةَ[1] فيه، ومعلومٌ أنه لو لم يُطلِّقْها لم يُقبَلْ إقرارُه لها؛ لأن إقرارَ المريضِ لوارثِه لا يَصِحُّ ويَرِثُ، فإذا طلَّقها وجَب أن يدْفَع إليها أقلَّ الأمْرَيْنِ؛ لأنه لا تُهمةَ فيه.

وقد قالوا: لا يَجوزُ أن يقْضِيَ المريضُ بعضَ غرماءِ الصحةِ دُونَ بعضٍ، ولا غرماءَ المرضِ بعضَهم دُونَ بعضٍ إلا أن يكون استَقْرَض في مرضِه ألفًا وقبَضها، أو اشتَرى عبدًا قيمتُه ألفٌ بألفٍ فقضَى القرْضَ ونقَد ثمنَ العبدِ في مرَضِه، فإن ذلك يَجوزُ على الغرماءِ إذا عُلِم ذلك ببينةٍ[2].

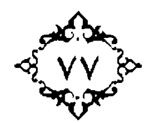
وقال الشافعيُّ: له أن يَقْضِيَ بعضَهم دُونَ بعضٍ على جميعِ الأحوالِ[3].

وهذا مَبْنِيٌّ على أصلِنا أن حقَّ الجميعِ تعلَّق بالمالِ على وجهٍ واحدٍ، فلا يُفْرَدُ

(١) في (س): «يتهم».

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢٦)، و«الهداية» (٣/ ١٨٦)، و«العناية» (٨/ ٣٨٥).

(٣) ينظر: «الأم» (٣/ ٢١٤)، و«التهذيب» (٥/ ١١٢)، و«روضة الطالبين» (٦/ ١٣١).



بعضُهم بالقضاءِ دُونَ بعضٍ، أصلُه الدَّينُ إذا كان به رهْنٌ.

فإن قيل: قضَى دَيْنَه وهو مِن أهلِ القضاءِ، فصار كما لو قضاه حالَ الصحةِ.

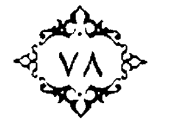
قيل له: لا نُسلِّمُ أنه مِن أهلِ القضاءِ على الإطلاقِ؛ وإنما هو مِن أهلِ القضاءِ على صفةٍ مخصوصةٍ، والمعْنى في حالِ الصحةِ أنه يَمْلِكُ أن يُزِيلَ مِلْكَه على طريقِ التبرُّعِ فملَك أن يُفْرِدَ بعضَ الغرماءِ بالقضاءِ، وفي حالِ المرَضِ لا يَمْلِكُ أن يتبرَّعَ بمالِه، فلم يَمْلِكْ أن يُفْرِدَ بعضَ غرماءِ الصحةِ بالقضاءِ.

فأما ما استثناه مِن الاستقراضِ وثمنِ المبيعِ إذا كان بمعاينةِ[1] الشهودِ فقضَى ذلك فهو جائزٌ؛ لأن المريضَ إنما مُنِع مِن قضاءِ بعضِ الغرماءِ لِما فيه مِن إسقاطِ حقِّ الباقِينَ، فإذا حصَل للباقِينَ مثلُ ما قضَى ولم يسقُطْ حقُّهم عن شيءٍ، فجاز القضاءُ؛ ولأن حقَّ الغرماءِ[2] في معْنى التركةِ لا في عينِها، ويَجوزُ تصرُّفُ المريضِ فيها، فإذا اشتَرى عبدًا يُساوِي ألفًا وأَعْطَى مِن التركةِ ثمنَه فمعْنى التركةِ حاصلٌ لهم لم يسقُطْ منه شيءٌ، فجاز ما فعَله.

وقد قالوا: لو أقرَّ المريضُ لرجلٍ بدَيْنِ ألفِ درهمٍ، ثُم أقرَّ لآخَرَ بألفٍ في يدَيْهِ وديعةً فهما دَينانِ؛ وذلك لأنه لمَّا بدأ بالإقرارِ بالدَّيْنِ تعلَّق حقُّ الغريمِ بالألفِ التي في يدَيْهِ، فإذا أقرَّ أنها وديعةٌ فيُريدُ أن يُسْقِطَ حقَّ الغريمِ عنها فلا يُصَدَّقُ، إلا أنه قد أقرَّ بوديعةٍ تعذَّر تسليمُها بفِعْلِه فصارت كالمستَهْلَكَةِ، فيكون دَينًا عليه ويُساوِي الغريمَ الآخَرَ في العينِ، ولو أقرَّ بوديعةٍ، ثم بدَيْنٍ فصاحبُ

(١) في (ي): «بما كتبه».

(٢) في (س): «الوفاء».



الوديعةِ أَوْلى بها؛ لأنه لمَّا بدأ بالوديعةِ ملَكها المقرُّ له بعَيْنِها، فإذا أقرَّ بدَيْنٍ لم يَجُزْ أن يتعلَّق بمالِ الغيرِ[1].

قال أبو حنيفة: إذا أقرَّ بألفٍ في مجلسٍ، ثم أقرَّ بألفٍ في مجلسٍ آخَرَ لَزِمه ألفانِ.

وإن كان ذلك في مجلسٍ واحدٍ؛ فحُكِي عن الشيخ أبي الحسنِ: أنه كذلك، وذكَر الطحاويُّ: أنه في المجلسِ الواحدِ مالٌ واحدٌ، وظاهرُ «الأصلِ» يدُلُّ على ذلك.

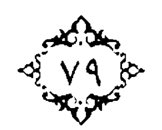
وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: عليه ألفٌ واحدةٌ في الوجهينِ[2]. وبه قال الشافعيُّ[3].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الإقرارَ بالألفِ يقتَضِي ألفًا مُنكَّرًا، فإذا أقرَّ بألفٍ آخرَ ونكَّره فالظاهِرُ أنه غيرُ الأولِ، ولو أراد الأوَّلَ لعرَّفه، فلمَّا لم يُعَرِّفْه لم يَنْصَرِفْ إقرارُه إليه، كما لو كانتا في صَكَّيْنِ، وهذا هو القياسُ في المجلسِ الواحدِ؛ وإنما استُحسِن لأن الإنسانَ قد يُكرِّرُ الإقرارَ في المجلسِ الواحدِ لِيُفْهِمَ الشهودَ، وهذا المعنى لا يُوجَدُ في المجلِسَيْنِ؛ لأن التوثُّقَ يُكْتَفَى فيه بالشاهِدَيْنِ في المجلسِ الأولِ.

(1) ينظر: «الأصل» (٥/ ٥٠٩)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢٤)، و«قرة عين الأخيار» (٨/ ٢٩٠).

(2) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٢٢٦)، و«المبسوط» (١٨/ ٩)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢٢)، و«قرة عين الأخيار» (٨/ ٢٦٤).

(3) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢١٢)، و«الحاوي» (٧/ ٥٩)، و«بحر المذهب» (٦/ ١٤٦)، و«التهذيب» (٤/ ٢٤٨).



وقد رُوِي عن أبي حنيفةَ: فيمَن أقرَّ لرجل عند القاضي بألفٍ فأَثْبَتَها في ديوانِه، ثُم أَحْضَرَه بعْدَ ذلك فأقرَّ بألفٍ لَزِمه ألفٌ واحدٌ[1] عندَ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ؛ وذلك لأن الظاهِرَ أنه إذا رافَعه[2] إلى القاضِي أنه يُطالِبُه بموجَب ذلك الإقرارِ، فحُمِل إقرارُه عليه[3].

وجْهُ قولِهما: أن الإنسانَ قد يُقِرُّ بحقٍّ، ثُم يُكرِّرُه في مجلسٍ آخرَ للزيادةِ في الشهودِ، كما يُكرِّرُ في مجلسٍ واحدٍ لإفهامِ الشهودِ، فصار أحدُهما كالآخرِ.

قال: ومَن أقرَّ بغلامٍ يُولد مثلُه لِمِثْلِه[4]، وليس له نسَبٌ معروفٌ، أنَّه ابنُه وصدَّقه الغلامُ ثبَت نسَبُه، وإن كان مريضًا، ويُشارِكُ الورثةَ في الميراثِ.

وذلك لأن إقرارَ الرجلِ بالولدِ جائزٌ؛ لأنه ليس فيه حمْلُ نسَبٍ على الغيرِ، بل هو حقٌّ يَلْزَمُه في نفْسِه فيُقْبَلُ إقرارُه فيه، وإنما اعتُبِر أن يكونَ مثلُه يُولَدُ لمثلِه؛ لأنه إذا كان بخلافِ ذلك تبيَّنَّا كَذِبَه فلا يَصِحُّ إقرارُه.

وإنما شُرِط أن يكونَ غيرَ معروفِ النسَبِ؛ لأن مَن له نسَبٌ معروفٌ لا يُقْبَلُ دعوى نسَبِه؛ لأن النسَبَ لا يَلْحَقُه الفسخُ بعْدَ ثبوتِه؛ وإنما اعتُبِر تصديقُ الغلامِ؛ لأنه إذا كان كبيرًا فهو في يدِ نفْسِه فلا يُقْبَلُ الإقرارُ له إلا بالتصديقِ منه، ولا يُشْبِهُ هذا الصغيرَ لأنه في يدِ غيرِه فهو كالبهيمةِ، فيُقْبَلُ الإقرارُ ولا يُعتَبَرُ تصديقُه.

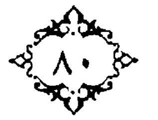
---

(١) في (أ٢، ج، ي): «واحدة».

(٢) في (ي): «دفعه».

(٣) ينظر: «مجمع الضمانات» (ص ٣٧٥).

(٤) قال في حاشية (ح): «أي: هما في السن بحيث يولد مثله، أي: الغلام، بمثله، أي: المقر. صدر الشريعة».



وإذا ثبَت أن إقرارَ الصحيحِ بالولدِ صحيحٌ فالمريضُ مثلُه؛ لأن إقرارَ المريضِ إنما لا يَصِحُّ فيما يَلْحَقُه فيه التهمةُ لحقِّ الغرماءِ أو الورثةِ، ولا تهمةَ في دعوى هذا النسَبِ؛ ألا ترى أنه يَجوزُ أن يكونَ ابنَه ولا يكونُ وارثَه لسببٍ مانعٍ مِن الميراثِ، فلم يتضمَّنْ إقرارُه المالَ فصحَّ، وإذا صحَّ إقرارُه به صار كالابنِ المعروفِ فشارَكَ[1] الورثةَ مِن طريقِ الحكْمِ.

قال: ويَجوزُ إقرارُ الرجلِ بالوالِدَينِ، والولدِ، والزوجةِ، والمَوْلى، ويُقبَلُ إقرارُ المرأةِ في الوالِدَيْنِ، والزوجِ، والمَوْلى، ولا يُقبَلُ بالولدِ إلا أن يُصَدِّقَها الزوجُ، أو تَشْهَدَ بولادَتِها قابِلَةٌ.

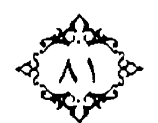
والأصلُ في هذا أن مَن أقرَّ بنسَبٍ يَلْزَمُه في نفْسِه، ولا يَحمِلُه على غيرِه، فإقرارُه مقبولٌ كما يُقبَلُ إقرارُه على نفْسِه بسائرِ[2] الحقوقِ، ومَن أقرَّ بنسَبٍ يَحْمِلُه على غيرِه فإنه لا يُقبَلُ إقرارُه كما لا يُقْبَلُ إقرارُه على غيرِه بسائرِ الحقوقِ، وإقرارُ الرجلِ بمَن ذُكِر ليس فيه حمْلُ نسَبٍ على غيرِه فيُقْبَلُ، وكذلك المرأةُ إلَّا في الوَلَدِ إذا ثبَت نسبُه منها كان فيه حمْلُه على الزوجِ؛ لأنه يَلْزَمُه بالفِراشِ فلا يثبُتُ إلا بتصديقِه، أو تَشْهَدَ امرأةٌ بالولادةِ فتَثْبُتُ الولادةُ بشهادَتِها، ويُلْحَقُ النسَبُ بالفِراشِ.

قال: وَمَنْ أَقَرَّ بِنَسَبٍ مِنْ غَيْرِ الوَالِدَيْنِ وَالوَلَدِ، مِثْلُ الأَخِ وَالعَمِّ، لَمْ يُقْبَلْ إِقْرَارُهُ فِي النَّسَبِ.

---

(١) في (ج، ي): «فيشارك»، وفي (س): «فيشاركه».

(٢) في (أ٢، ي): «كسائر»، وفي (ل): «على سائر».



وذلك لأن في قبولِه حمْلَ النسَبِ على الغيرِ، ألا تَرى أنه لا يكونُ أَخُوهُ حتى يَثْبُتَ نسَبُه مِن الأبِ، ولا يكونُ عمُّه حتى يَثْبُتَ نسَبُه[1] مِن الجدِّ، والمقِرُّ لا يَمْلِكُ حمْلَ النسَبِ على الغيرِ، فلم يَصِحَّ إقرارُه.

قال: فإن كان له وارثٌ معروفٌ قريبٌ أو بعيدٌ فهو أَوْلى بالميراثِ مِن المُقَرِّ له.

وذلك لأن الميراثَ يُستَحَقُّ بالنسَبِ، فإذا لم يُقبَلْ قولُ المقِرِّ في النسَبِ الذي أقرَّ به بَقِيَ[2] الوارثُ المعروفُ وحدَه فكان المالُ له.

قال: فإن لم يكن له وارثٌ استَحَقَّ المقَرُّ له ميراثَه.

وذلك لأنه لما لم يكن له وارثٌ يستَحِقُّ المالَ، وكان تصرُّفُ الإنسانِ في مالِه جائزٌ[3] مع عدمِ الوارثِ؛ ألا تَرى أنه لو أَوْصَى بجميعِ مالِه جاز، فإذا أقرَّ بِمَن لا يثبُتُ نسبُه صار كأنه أقرَّ بأنه جهةٌ لصرفِ مالِه، فكأنه أَوْصَى له به، وليس هذا بوصيةٍ في الحقيقةِ؛ بدليل أنهم قالوا فيمَن أقرَّ بأخٍ ولا وارثَ له، ثم أَوْصَى لرجلٍ بجميعِ مالِه أن للموصَى له الثلثَ والباقيَ للأخِ[4].

ولو كان الأخُ يستَحِقُّ بالوصيةِ وجَب قسمةُ المالِ بينَهما، فقد ظهَر بهذا أنهم جعَلُوه في حكْمِ الموصَى له، بمعنى أنه يستَحِقُّ المالَ بقولِ المريضِ، وليس هناك نسَبٌ ثابتٌ يستَنِدُ الاستحقاقُ إليه.

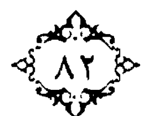
---

(١) في (ي): «أخيه».

(٢) في (أ٢، ح٢، س، ض، ع) «يعني»، وفي (ي): «بمعنى».

(٣) في (ر): «جائزًا».

(٤) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢٩)، و«العناية» (٨/ ٣٩٩)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢٨).



قال: ومَن مات أبوه فأقَرَّ بأخٍ لم يثْبُتْ نسَبُه[1]، وشاركَه في الميراثِ.

إنما لا يثْبُتُ نسبُه؛ لأن في ثبوتِه حمْلَ نسَبٍ على الغيرِ، وقد بيَّنَّا أن الإنسان لا يُصدَّقُ على ذلك؛ وإنما يُشارِكُه في الميراثِ؛ لأن الابنَ أقرَّ بأَمْرَيْنِ بالنسَبِ وباستحقاقِ المالِ، فما كان مِن النسَبِ فهو إقرارٌ على غيرِه فلم يُقْبَلْ، وأما استحقاقُ المالِ فهو حقٌّ اعترَف به على نفْسِه خاصةً فيُقْبَلُ إقرارُه به، ومثلُ هذا غيرُ ممتَنِعٍ؛ ألا ترى أن المشترِيَ إذا أقرَّ أن البائعَ كان أعتَق العبدَ المبيعَ قُبِلَ إقرارُه في العتقِ، ولم يُقْبَلْ في الرجوعِ بالثمنِ؛ كذلك هذا.

قال أبو حنيفةَ، ومحمدٌ: لا يثبُتُ النسَبُ في حقِّ الميتِ بإقرارِ وارثٍ واحدٍ، ويثْبُتُ إذا كان الورثةُ رجُلَيْنِ أو رجلًا وامرأتينِ.

وكان الشيخُ أبو الحسنِ يقول: يثبُتُ بقولِ الوارثِ الواحدِ، وهو قولُ أبي يوسفَ[2].

وقال الشافعيُّ: كلُّ مَن يَحُوزُ[3] الميراثَ يثبُتُ النسَبُ بقولِه وإن كان واحدًا[4].

دليلُنا: أنه إقرارُ وارثٍ واحدٍ فلا يثبُتُ به نسبُه في حقِّ الميتِ، كما لو كان الورثةُ جماعةً فأقرَّ أحدُهم؛ ولأن مَن لا يثبُتُ النسبُ بقولِه حالَ الحياةِ لا يثبُتُ

(١) في (ع): «نسب أخيه».

(٢) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٢٤٧)، و«المبسوط» (٢٨/ ١٨٦)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢٩).

(٣) في (أ٢): «يجوّز»، وفي (ح، ح٢، ر، ع، ي): «يجوز»، وفي (غ): «يحز»، والمثبت موافق لما في بعض مصادر التخريج.

(٤) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٩٢، ٩٨)، و«نهاية المطلب» (٧/ ١٠٩)، و«بحر المذهب» (٦/ ١٧٣)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٤٢٢).



بقولِه بعْدَ الموتِ، أصلُه إذا شَهِد أحدُ الورثةِ.

فإن قيل: مَن جاز إرثُه ملَك إلحاقَ النسَبِ به، أصلُه إذا كانوا جماعةً.

قيل له: الجماعةُ لو شَهِدُوا عليه في حالِ الحياةِ جاز أن يثبُتَ النسَبُ بشهادتِهم، فجاز أن يثبُتَ بإقرارِهم[1] في الحالةِ التي يُعتبرُ الإقرارُ فيها، والواحدُ لا يثبُتُ النسَبُ بشهادتِه في الحالةِ التي يُعتبرُ فيها الشهادةُ؛ كذلك لا يثبُتُ في حقِّ الغيرِ بإقرارِه في الحالةِ التي يُعتبرَ فيها الإقرارُ.

قال أصحابُنا: إذا مات الرجلُ وترَك ابنينِ فأقرَّ أحدُهما بأخٍ وكذَّبه أخوه، شارَك المقَرُّ به[2] المقِرَّ في الميراثِ، ولم يُحْكَمْ بالنسبِ[3].

وقال الشافعيُّ: لا يثبُتُ النسبُ ولا الإرثُ، وإن أقرَّ أحدُهما بزوجةٍ لأبيه وكذَّبه الآخَرُ، ففيه وجهانِ[4].

دليلُنا: أنه أقرَّ بنسَبٍ[5] لم يُحْكَمْ ببطلانِه يُوجِبُ المشاركةَ في مالِ الميتِ فوجَب أن يُشارِكَه، أصلُه إذا أقرَّ بوصيةٍ؛ ولأنه أقرَّ بسببٍ يُوجِبُ استحقاقَ بعضِ مالِ الميتِ فجاز أن يُشارِكَه، وإن لم يثْبُتْ في حقِّ الباقِين، كما لو أقرَّ بدَيْنٍ.

فإن قيل: أقرَّ بحقٍّ في مقابلتِه له حقٌّ لا يَنْفَكُّ أحدُهما عن الآخَرِ، فإذا لم

(١) في (أ٢، ي): «بأمرهم».

(٢) في (ع): «له».

(٣) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٢٣٩)، و«المبسوط» (٣٠/ ٧١)، و«مجمع الأنهر» (٢/ ٣٠٦).

(٤) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٩٢)، و«المهذب» (٣/ ٤٨٥)، و«نهاية المطلب» (٧/ ١١٢)، و«بحر المذهب» (٦/ ١٧١، ١٧٢)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٤٢٣).

(٥) في (ج، ح، ض، ل): «بسبب».

يُسلَّم له مالُه لم يَلْزَمْه ما عليه، أصلُه إذا قال: بِعْتُكَ عبدِي هذا بألفٍ. فأنكَر المشتَرِي البيعَ.

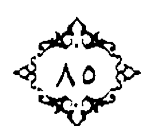
قيل له: هذا الوصفُ غيرُ صحيحٍ؛ لأنه أقر له بالأُخُوَّةِ وهي ثابتةٌ في حقِّه دُونَ حقِّ غيرِه، ففي مقابلتِها ثبوتُ أُخُوَّةِ المقَرِّ به في حقِّه لا في حقِّ غيرِه وقد ثبَت ذلك، ولهذا يَرِثُه إذا لم يكن له وارثٌ غيرُه ولم يثبُتِ الأخوةُ في حقِّ غيرهما؛ ولأنه أقرَّ له بما يُوجِبُ مشاركتَه فيما في يدِه مِن الإرثِ، وفي مقابلتِه هذا أن يُشارِكَه هو فيما يَحْصُلُ في يدِه مِن الإرثِ، وكذلك نقولُ.

والمعنى في البيعِ أن البائعَ لم يُقِرَّ بإسقاطِ حقِّه عن المبيعِ؛ لأن الحبْسَ يثبُتُ له حتى يَقْبِضَ الثمنَ، فإذا لم يَعْتَرِفْ بسقوطِ حقِّه لم يَجُزْ أن يَستَحِقَّه المقَرُّ له لا[1] لما قالُوه، والوارثُ قد أقرَّ بسقوطِ حقِّه عن مقدارِ نصيبِ المقَرِّ به، فلذلك لَزِمه المالُ وإن لم يثبُتِ النسبُ.

فإن قيل: إقرارٌ بنسَبٍ فإذا لم يثبُتِ النسبُ لم يثْبُتِ الإقرارُ، أصلُه إذا أقرَّ بمعروفِ النسَبِ.

قيل له: النسبُ ثابتٌ عندَنا في حقِّ المقِرِّ وإن لم يثْبُتْ في حقِّ غيرِه، وليس يَمْتَنِعُ أن يثبُتَ النسبُ في حقِّ الواحدِ ويثبُتُ أحكامُه وإن لم يثْبُتْ في حقِّ غيرِه، كما يثبُتُ التبايُعُ في حقِّ البائعِ والشفيعِ وإن لم يثبُتْ في حقِّ المشتَرِي، والمعنى في المعروفِ النسَبِ أنا حَكَمْنا بثبوتِ النسَبِ مِن غيرِه، وفي ذلك تكذيبٌ له في إقرارِه فصار كتكْذِيبِ المقَرِّ به فلا يَسْتَحِقُّ شيئًا، وفي مسألِتنا لم

(١) في (أ٢، ي): «إلا».



يُحْكَمْ بكَذِبِه فيما أقرَّ به فجاز أن يثْبُتَ في حقِّه.

وإذا ثبَت أنه يُشارِكُه، قال أصحابُنا: يُعْطِيه نصفَ ما في يدِه وقال ابنُ أبي ليلى: ثلثَ ما في يدِه[1].

وجْهُ قولِهم: أن في زعمِ المقِرِّ أنه والمقَرَّ له متساويانِ في الميراثِ، وأن الجاحِدَ ظالِمٌ فيما زاد على حقِّه، فصار ذلك كالهالِكِ مِن المالِ فيكون الباقِي بينَهما بالسويةِ.

وجْهُ قولِ ابنِ أبي ليلى: أن في زعمِ المقِرِّ أن للمقَرِّ به ثلثَ المالِ في موضعَيْنِ؛ نصفٌ في يدِه ونصفٌ في يدِ أخيه، وإقرارُه على أخيه لا يُقْبَلُ، فلم يَبْقَ إلا إقرارُه فيما في يدِه فيُعْطِيه ثلثَ ما في يدِه.

قال أصحابُنا: إذا أقرَّ المريضُ باستيفاءِ ديونِ الصحةِ [2]جاز في المشهورِ مِن المذهبِ، وعن أبي يوسفَ: أنه لا يُصدَّقُ[2].

وجْهُ قولِهم: أن الإقرارَ حقٌّ يثبُتُ للأجنبيِّ حالَ الصحةِ، والمرَضُ لا يُوجِبُ حَجْرًا في الحقوقِ الثابتةِ حالَ الصحةِ للأجانبِ، ولا يُسْقِطُها كما لا يُسقِطُ الرهنَ.

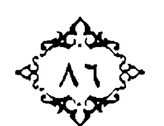
وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الإقرارَ بالاستيفاءِ إقرارٌ بدَيْنٍ، فلا يُصدَّقُ في حقِّ غرماءِ الصحةِ كالدَّينِ المبتدأِ.

وقد قالوا أيضًا: إن المريضَ إذا أقرَّ باستيفاءِ دَينٍ على وارثِه لم يُقْبَلْ قولُه،

---

(1) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ١٤٠)، و«العناية» (٨/ ٤٠٠)، و«مجمع الضمانات» (ص ٣٨٠).

(٢-٢) في (ي): «صح إقراره عندهما خلافًا لأبي يوسف». وينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢٨)، و«البناية» (٩/ ٤٧١).



وعن أبي يوسفَ: أنه يُقْبَلُ، ذكَر ذلك أبو الليثِ[1].

وجْهُ قولِهم: أنه محجورٌ في حقِّ وارثِه فلا يُقْبَلُ إقرارُه، ويَصِيرُ كإقرارِ الصبيِّ والمجنونِ؛ ولأن ما يَستَوْفِيه يَصِيرُ دَيْنًا عليه، ثم يَصِيرُ قِصاصًا بمالِه، فكأنه أقرَّ لوارثِه بدَينٍ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن جوازَ الإقرارِ بالقبضِ حقٌّ يثْبُتُ للوارثِ بالمداينةِ؛ وذلك سابِقٌ لحقِّ الورثةِ، وإذا كان حقُّه أسبَقَ كان أَوْلى، وهذه الروايةُ ضدُّ[2] قولِه في المسألةِ الأُولى.

قال أصحابُنا: إذا أقرَّ أحدُ الورثةِ بدَينٍ وجحَد الباقون أُخِذ جميعُ الدَّيْنِ مِن نصيبِ المقرِّ خاصةً[3]، وهو أحدُ قولَي الشافعيِّ، وقال في قولٍ آخَرَ: يُؤخَذُ منه بمقدارِ نصيبِه مِن الإرثِ[4].

دليلُنا: قولُه تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١١]. فأَثْبَت نقْلَ الإرثِ بعْدَ الدَّيْنِ، ولو لم يُؤخَذْ منه جميعُ ما أقرَّ به استحقَّ الميراثَ مع بقاءِ الدَّيْنِ على الميتِ في زَعْمِه؛ وذلك لا يَصِحُّ.

ولأن كلَّ جزءٍ مِن التركةِ مشغولٌ بكلِّ الدَّيْنِ، بدليلِ أن التركةَ لو كانت أضعافَ الدَّيْنِ فهلكَتْ إلا مقدارَ الدَّينِ استَوْفَى الغرماءُ ما بَقِي بدَيْنِهم، ولو كان

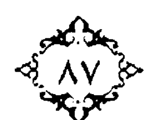
---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٠٢) وليس فيه ذكر أبي يوسف.

(٢) في (ي): «صدق».

(٣) ينظر: «الأصل» (٥/ ٥١٠)، و«التجريد» (٧/ ٣٢٥٣)، و«المبسوط» (٢٨/ ٤٠).

(٤) ينظر: «الحاوي» (٧/ ١٠٣)، و«روضة الطالبين» (٤/ ١١٠).

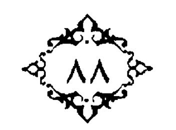


كلُّ جزءٍ مِن التركةِ مشغولًا بجزءٍ مِن الدَّيْنِ لسقَط مِن الدَّيْنِ بحصةِ الهالِكِ، ويُبيِّنُ ذلك أن الدَّينَ لو ثبَت بالبينةِ فغاب أحدُ الورثةِ بنصيبه أُخِذ جميعُه مِن الحاضرِ، ولو كان منْقَسِمًا لم يُؤخَذْ مِن الحاضِرِ إلا مقدارُ نصيبِه، ولا يُشْبِهُ الوصيةَ لأنها تثبُتُ مشتركةً مع الوارثِ، بدليل أنها إذا كانت بجزءٍ شائعٍ، ثم هلَك بعضُ المالِ بطَل مِن الوصيةِ بقدْرِه.

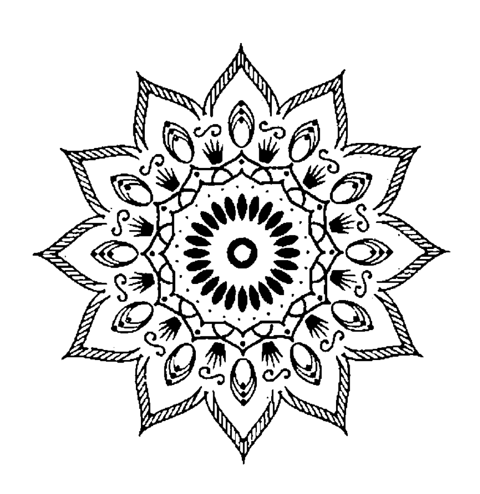
فإن قيل: ما ثبَت بالإقرارِ في حقِّ المقِرِّ فهو كالثابتِ بالبينةِ، ومعلومٌ أن الدَّينَ لو ثبَت بالبينةِ استُوفي مِن نصيبِ أحدِهما النصفُ، كذلك إذا ثبَت بالإقرارِ.

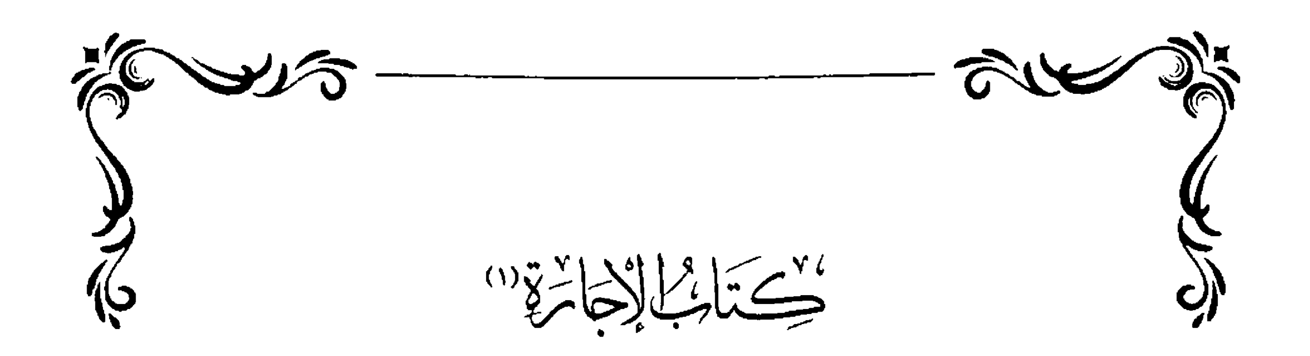
قيل له: إذا ثبَت الدَّينُ بالبينةِ وتعذَّر الاستيفاءُ مِن أحدِهم لغَيبتِه استُوفي جميعُ الدَّينِ مِن الحاضرِ، فإذا أقرَّ أحدُهما فقد تعذَّر الاستيفاءُ مِن الجاحدِ، فوجَب أن يُستَوفَى الجميعُ مِن المقِرِّ، فأما إذا أقرَّا جميعًا أو قامت عليهما بينةٌ وهما حاضِرانِ فقد أَمْكَن استيفاءُ الدَّينِ منهما، فلو قُلنا: إن جميعَه يُستَوفى مِن أحدِهما ويثبُتُ له الرجوعُ على شريكِه، لم يكن له في ذلك فائدةٌ، فقُلنا: يأخُذُ مِن كل واحدٍ منهما بمقدارِ نصيبِه.

والله أعلم



كِتَابُ الإِجَارَةِ





كِتَابُ الإِجَارَةِ(1)

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الإجارةُ عقْدٌ على المنافِعِ بِعِوَضٍ.

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ، وهي بخلافِ النكاحِ؛ لأنه عقْدٌ على استباحةِ المنافعِ بِعِوَضٍ.

قال: ولا تَصِحُّ حتى تكونَ المنافِعُ معلومةً والأجرةُ معلومةً.

أما الأجرةُ فلقولِه صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ»(2)، وأما المنافِعُ فلأنها معقودٌ عليها، ويَجِبُ تسليمُها، وجهالةُ المعقودِ عليه تُبْطِلُ العقدَ لأنها تؤثِّرُ في التسليمِ.

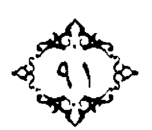
قال: وما جاز أن يكونَ ثمنًا في البيعِ جاز أن يكونَ أُجرةً(3).

---

(1) في (ج، ح٢، غ، ل): «الإجارات».

(2) أخرجه البيهقي (٦/ ١٢٠) من طريق أبي حنيفة، عن حماد، عن إبراهيم، عن الأسود، عن أبي هريرة. قال البيهقي: «كذا رواه أبو حنيفة، وكذا هو في كتابي عن أبي هريرة، وقيل من وجه آخر ضعيف عن ابن مسعود، ورواه حماد بن سلمة، عن حماد، عن إبراهيم، عن أبي سعيد الخدري... وهو مرسل بين إبراهيم، وأبي سعيد، وكذلك رواه معمر، عن حماد بن أبي سليمان مرسلًا». وقد روي موقوفًا عن أبي سعيد، وأبي هريرة، كما عند ابن أبي شيبة (٢١١٠٩)، وفي (٢١١١٠) عن الحسن، عن عثمان. ينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١١١٨، ٢٨٣٥)، و«نصب الراية» (٤/ ١٣١، ١٣٢)، و«البدر المنير» (٧/ ٣٨، ٣٩)، و«الدراية» (٢/ ١٨٦، ١٨٧).

(3) بعده في (ي): «في الإجارة».



وذلك لأن البدلَ في الإجارةِ قد جُعِل في حكْمِ الثمنِ في البيعِ بدليلِ قولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ أَسْلَمَ فَلْيُسْلِمْ فِي كَيْلٍ مَعْلُومٍ وَوَزْنٍ مَعْلُومٍ»[1]، وقال في الإجارةِ: «مَنِ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَلْيُعْلِمْهُ أَجْرَهُ»، وإذا كان أحدُها في حكْمِ الآخَرِ فما جاز في أحدِهما جاز في الآخَرِ.

وهذا الذي ذكَره رَحِمَهُ اللَّهُ ليس على وجْهِ الحَدِّ وأنه لا يَجوزُ غيرُه؛ يُبيِّنُ ذلك أن الأعيانَ لا تكونُ أثمانًا وتكونُ أجرةً؛ وإنما ذكَر ذلك؛ لأنه الغالِبُ.

قال: والمنافِعُ تارةً تَصِيرُ معلومةً بالمدَّةِ كاستِئْجارِ الدُّورِ للسُّكْنَى والأراضِي[2] للزراعةِ، فيَصِحُّ العقدُ على مدَّةٍ معلومةٍ، أيَّ مدةٍ كانتْ.

وذلك لأن المنفعةَ[3] التي لا تتفاوَتُ إذا شُرِطتْ في مدَّةٍ وكانت المدَّةُ معلومةً، فالمنفعةُ قَدْرُها معلومٌ لا محالةَ فيَصِحُّ العقدُ.

وأما قولُه: أي مدة كانت. فصحيحٌ، ويَصِحُّ عقْدُ الإجارةِ على المدَّةِ الطويلةِ والقصيرةِ، ولا يَخْتَصُّ بمدَّةٍ دُونَ مدَّةٍ، وقال الشافعيُّ في أَحَدِ أقوالِه[4]: لا يَجوزُ

---

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) في (ج، ح، غ، ل): «الأرضين».

(٣) في (س): «المنافع».

(٤) في (ر، س، غ): «قوليه». وهو خلاف بين الأصحاب هل فيها قولان أو ثلاثة؛ قال الشيرازي في «المهذب» (٢/ ٢٣٨): «فمن أصحابنا من قال فيه ثلاثة أقوال: أحدها: لا تجوز بأكثر من سنة لأنه عقد على غرر أجيز للحاجة، ولا تدعو الحاجة إلى أكثر من سنة؛ لأن منافع الأعيان تتكامل في سنة.

والثاني: تجوز ما بقيت العين، لأن كل عقد جاز إلى سنة جاز إلى أكثر منها، كالكتابة =

أكثرُ مِن سنةٍ، وما زاد على السنةِ فيه قولانِ؛ أحدُهما: يَجوزُ ما شاء. والآخَرُ: لا يَجوزُ أكثرَ مِن ثلاثينَ سنةً[1].

دليلُنا: أن كلَّ مدَّةٍ جاز أن تكونَ أجلًا في الدُّيونِ جاز أن تكونَ مدَّةَ الإجارةِ كالسَّنَةِ.

فإن قيل: القياسُ يَمنَعُ الإجارةَ؛ لأنها عقد على منافعَ معدومةٍ، وإنما جُوِّزتْ للضرورةِ[2] فوجَب أن يَجوزَ منها ما تَدْعُو الضرورةُ إليه وذلك سنةٌ؛ لأن في الإجاراتِ ما لا يتكامَلُ منافِعُه إلا في سنةٍ، وهو الأرضُ المستأْجَرَةُ للزراعةِ.

قيل له: هذا كلامُ مَن يَرى تخصيصَ العِلَّةِ، والشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ لا يَقولُ بذلك[3]، على أن الحاجةَ تَدْعُو إلى أكثرَ مِن سنةٍ؛ لأن العمارةَ قد لا تتكامَلُ في

والبيع إلى أجل.

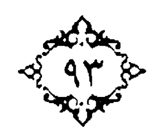
والثالث: أنها لا تجوز أكثر من ثلاثين سنة؛ لأن الثلاثين شطر العمر، ولا تبقى الأعيان على صفة أكثر من ذلك.

ومنهم من قال: هي على القولين الأولين، وأما الثلاثون فإنما ذكره على سبيل التكثير، لا على سبيل التحديد، وهو الصحيح». وقال النووي في «روضة الطالبين» (٥/ ١٩٦): «وفي تقدير المدة التي يجوز عقد الإجارة عليها ثلاثة أقوال، والذي عليه جمهور الأصحاب أنه يجوز سنين كثيرة، بحيث يبقى إليها ذلك الشيء غالبًا ... وحكي وجه: أنه يجوز أن يؤجرها مدة لا تبقى فيها العين غالبًا؛ لأن الأصل الدوام، فإن هلكت لعارض، فكانهدام الدار ونحوه».

(١) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٣٦٤)، و«المهذب» (٢/ ٢٣٨)، ونهاية المطلب (٨/ ١١٠) و«روضة الطالبين» (٥/ ١٩٦).

(٢) في (ي): «لحاجة الناس إليها».

(٣) ينظر: «أصول السرخسي» (٢/ ٢٠٨)، و«قواطع الأدلة» (٢/ ١٨٥)، و«البحر المحيط في أصول الفقه» (٧/ ١٦٧-١٧٨).



السنةِ الأُولى، ومُستأْجِرُ الدارِ أيضًا يَكْرَهُ أن يَنتَقِلَ منها كلَّ سنةٍ فيَعْقِدَ على أكثرَ مِن ذلك لِيَحْصُلَ له الغَرَضُ بالاستقرارِ.

قال: وتارةً تَصِيرُ معلومةً بالتسميةِ كمَنِ استأْجَر رجُلًا على صَبْغِ ثَوْبِه[1] أو خِياطَتِه، أو استأْجَر دابَّةً لِيَحْمِلَ عليها مِقْدارًا معلومًا، أو يَرْكَبَها مسافةً سمَّاها[2].

وذلك لأنه إذا عيَّن الثوبَ المصبوغَ أو المخيطَ، ولونَ الصِّبْغِ، وجِنْسَ الخياطةِ، وقدْرَ ما يُصْبَغُ به إذا كان مِما يَختَلِفُ، والقَدْرَ المحمولَ على الدابَّةِ وجِنْسَه، صارتِ المنفعةُ معلومةً يُمْكِنُ استيفاؤُها فصحَّ العقدُ.

قال: وتارةً تَصِيرُ معلومةً بالتعْيينِ والإشارةِ، كمَن استأْجَر رجُلًا (٣يَنْقُلُ له٣) هذا الطعامَ.

وهذا صحيحٌ؛ لأنه إذا أَراه ما يَنْقُلُه والموضعَ الذي يَحْمِلُه إليه كانت المنفعةُ معلومةً فصحَّ العقدُ.

قال: ويَجوزُ استئجارُ الدُّورِ والحوانيتِ للسُّكْنَى، وإن لم يُبيِّنْ ما يَعْمَلُ فيها.

---

(١) في (أ٢، ي): «ثوب».

(٢) قال في حاشية (ح): «وقد قالوا فيمن استأجر دابة إلى الكوفة فله أن يبلغ عليها منزله في الكوفة استحسانًا، والقياس أن تنقضي الإجازة ببلوغه إلى أدنى الكوفة، وجه القياس أنه يقال عند حصوله في أول بيوتها دخل الكوفة وبلغ الكوفة، فإذا حصل ذلك فقد وجد منتهى العقد وجه الاستحسان أن العرف والعادة أن من استأجر دابة إلى بلده أن يبلغ عليها منزله فصار بلوغ منزله داخلًا تحت العقد بالعرف، كما لو سمَّى ذلك».

(٣-٣) في (ح): «على أن ينقل»، وفي (ح٢، ي): «لينقل».



أما الدليلُ على جوازِ إجارةِ العقارِ، فما رُوِي في حديثِ رافعِ بنِ خَدِيجٍ قال: رآني[1] رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في حائطٍ فأَعْجَبَه، فقال: «لِمَن هذا؟» فقلتُ: لي، استأْجَرْتُه. فقال: «لا تَسْتَأْجِرْهُ بِشَيْءٍ منها»[2]. وهذا يدُلُّ على جوازِ إجارةِ العقارِ، وإلا فلا فائدةَ في التخصيصِ.

وأما إذا لم يُبَيِّنْ ما يَعْمَلُ فيها فلا يَمْنَعُ صحةَ العقدِ؛ لأن منفعةَ العقارِ بالسكْنى غيرُ متفاوتةٍ إذا لم يكن فيها ما يُوهِنُه، وذلك مُسْتَثْنًى بالعادةِ، فصارت المنفعةُ معلومةً فيه[3] فلا يَحتاجُ إلى بيانٍ وتسميةٍ[4].

قال: وله أن يَعْمَلَ كلَّ شيءٍ إلا الحدَّادَ، والقَصَّارَ، والطَّحانَ.

---

(١) في (ي): «زارني».

(٢) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٤/ ٢٦٣) (٤٣٥٤) من طريق أبي حنيفة، عن أبي حصين، عن ابن رافع بن خديج، عن رافع.
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٦): «الحائط: هو هنا البستان إذا كان عليه حائط، أي جدار، والجمع حوائط».

(٣) من (ر، س).

(٤) قال في حاشية (ح): «وله أن يسكنها بنفسه، وأن يسكنها غيره، وله أن يعيرها ويؤجرها، فإن أجرها بأكثر مما استأجرها به تصدق بالفضل إلا أن يكون قد أصلح منها شيئًا مثل غلق أو قفل، وما أشبه ذلك؛ وكذلك كلما اختلف فيه الجنس. ولو أجرها بدنانير جاز، وإن كانت أكثر من الدراهم التي استأجر بها، فلم تجعل الدراهم والدنانير في مثل هذا الشيء واحد استحسانًا. فصول العمادي في [...]».
و«فصول العمادي»: هو «فصول الإحكام لأصول الأحكام» لعبد الرحيم بن أبي بكر بن علي ابن عبد الجليل المرغيناني الفرغاني السمرقندي حفيد صاحب «الهداية». ينظر: «كشف الظنون» (٢/ ١٢٧٠).

وذلك لأن هذه المعاني توهِنُ البناءَ وتَزِيدُ على مقدارِ المنفعةِ بالسكْنى فلا يُستَحَقُّ إلا بالتسميةِ.

قال: ويَجوزُ استئجارُ الأراضِي للزراعةِ.

وذلك لأنها منفعةٌ معلومةٌ يُمْكِنُ استيفاؤُها بالعاريَّةِ، فكذلك بالإجارةِ.

قال: ولا يَصِحُّ العقدُ حتى يُسمِّيَ ما يَزْرَعُ فيها، أو يَقولَ: على أن يَزْرَعَ[1] ما شاء.

وذلك لأن منافعَ الزراعةِ تَخْتَلِفُ اختلافًا كثيرًا، فلا يَجوزُ العقدُ مع جهالةِ المعقودِ عليه؛ ولا بُدَّ أن يُبيِّنَ النوعَ المزروعَ لِيَصِحَّ العقدُ أو يقولَ: يَزْرَعُ ما شاءَ؛ لأنَّا مَنَعْنا مِن صحةِ العقدِ لأَجْلِ الضررِ الذي يَلْحَقُ المالِكَ بنقْصِ[2] الزرعِ، فإذا رَضِي بذلك جاز العقدُ؛ لأن المنفعةَ في جميعِه معلومةٌ.

قال: ويَجوزُ أن يستأْجِرَ الساحةَ لِيَبْنِيَ فيها[3]، أو يَغْرِسَ فيها نَخْلًا أو[4] شَجَرًا.

لأنها منفعةٌ معلومةٌ معتادةٌ يُمْكِنُ استيفاؤُها مِن الأرضِ[5] فجاز العقدُ عليها كالسكْنَى.

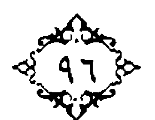
(١) بعده في (ح، ي): «فيها».

(٢) في (ج، س، غ، ل): «ببعض».

(٣) في (ع): «عليها».

(٤) في (ج، ح، ح٢، س، ض، ع): «و».

(٥) في (ح، ض، ع): «الأراضي».



قال: فإذا انْقَضَتْ مدَّةُ الإجارةِ لَزِمه أن يَقْلَعَ البِناءَ والغَرْسَ ويُسلِّمَها فارغةً.

وذلك لأن المدةَ إذا انْقَضَتْ وجَب عليه ردُّ العينِ إلى المالِكِ فارغةً إذا لم تكن مشغولةً بما لِنَقْلِه وقتٌ مقدَّرٌ، أصلُه إذا استأجَرها للسكْنى.

وقد قال الشافعيُّ في هذه المسألة: إنه إذا شرَط في العقدِ قلْعَه بعْدَ انقضاءِ المدَّةِ فله المطالبةُ بالقَلْعِ، وإن أَطْلَقَ العقدَ فالمؤجِّرُ بالخيارِ؛ إن شاء طالَبه بالقلْعِ وضَمِن له النقْصانَ الذي يَحْصُلُ بالقَلْعِ؛ وإن شاء أعطاه القيمةَ وملَك الغَرْسَ، وإن شاء ترَكه بأَجْرِ المثْلِ، قال: لأنه استأْجَر شيئًا مدَّةً فشغَله بما اكْتَراه له فلا يَلْزَمُه نقْلُه إلا على ما جرَتِ العادةُ به، أصلُه إذا انْقَضَتِ المدَّةُ وفي الأرضِ زرعٌ[1].

الجوابُ: أن الزرعَ يَجِبُ قَلْعُه كما يَجِبُ في الغَرْسِ إلا أن في الزرعِ وقتَ الحصادِ مُقدَّرٌ[2] قريبٌ، فأَمْكَن إيصالُ كلٍّ واحدٍ منهما إلى حقِّه، فجعَلْنا لصاحبِ الأرضِ الأَجْرَ وكمَّلْنا منفعةَ الزرعِ، والغَرْسُ ليس له وقتٌ يُنتظَرُ قَلْعُه فيه ففي تَبْقِيَتِه إبطالُ حقِّ صاحبِ الأرضِ، ونظيرُ مسألةِ الزرعِ مِن[3] الغَرْسِ أن تَنْقَضِيَ المدَّةُ وفي الغَرْسِ ثمرةٌ لم تُدْرَكْ أنه يبقى الغرس بأجر المثل إلى حين إدراكها.

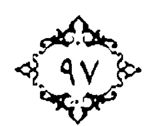
قال: إلا أن يَختارَ صاحِبُ الأرضِ أن يَغْرَمَ له قيمةَ ذلك مَقْلُوعًا فيَمْلِكَه.

---

(١) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٨)، و«الحاوي» (٧/ ٤٥٧)، و«المهذب» (٢/ ٢٥٩)، و«نهاية المطلب» (٨/ ٢٢٧).

(٢) في (ج، ر): «مقدار».

(٣) في (ح، ض، ع): «في».



وذلك لأن الغَرْسَ قد صار تَبَعًا للأرضِ بدليلِ أنه يدْخُلُ في بَيعِها على وجْهِ التَّبَعِ مِن غيرِ تَسْمِيةٍ، وفي قَلْعِه ضررٌ على الأرضِ، فلم يَكُنْ[1] له قَلْعُه إلا بِرِضاهُ، وإذا وقَف القَلْعُ على اختيارِ المالِكِ، فلم يَخْتَرِ القَلْعَ لَزِمه قيمةُ الغَرْسِ والبناءِ؛ لأنه عينُ مالٍ متَّصِلٍ بملْكِه، فإذا لم يُسَلِّمْها لَزِمه قيمتُها.

قال: أو يَرْضَى بتَرْكِه على حالِه فيكونَ البناءُ لهذا والأرضُ لهذا.

وذلك لأن الأرضَ تَصِيرُ عاريَّةً في يدِه بهذا، وذلك جائزٌ، ولهما أن يُؤاجِرَاها مِن أجنبيٍّ، فإن فعَلا اقْتَسَما الأَجْرَ[2] على قيمةِ الأرضِ مِن غيرِ بناءٍ، وعلى قيمةِ البناءِ مِن غيرِ أرضٍ، ويأخُذُ كلُّ واحدٍ منهما حصةَ مِلْكِه.

قال: ويَجوزُ استئجارُ الدوابِّ للركوبِ والحمْلِ[3].

وذلك لما رُوِي: «أن رجلًا قال للنبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: إني أُكْرِي إبِلِي إلى مكةَ فهلْ لي مِن حجٍّ؟ فنزَل قولُه تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾ [البقرة:١٩٨]»[4].

قال: فإنْ أَطْلَق الركوبَ جاز أن يُرْكِبَها مَن شاء.

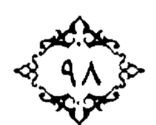
وهذا الذي ذكَره إنما يريدُ به إذا وقَع العقدُ على أن يُرْكِبَ مَن شاء، وذلك

(١) في (ع): «يمكن».

(٢) في (ض، ع، ي): «الأرض».

(٣) بعده في (ي): «عليها».

(٤) أخرجه أبو داود (١٧٣٣)، والحاكم (١/ ٤٤٩) من حديث ابن عمر. قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه».



لأنه إذا أَطْلَقَ الركوبَ فعقْدُ الإجارةِ فاسِدٌ؛ لأن الركوبَ يَخْتَلِفُ اختلافًا كثيرًا فصار كالجِنْسَيْنِ، فيَكونُ[1] المعقودُ عليه مجهولًا فلا يَصِحُّ العقدُ.

فإن قال: تُرْكِبُ مَن شئتَ. صحَّ العقدُ، وإن لم يُسَمِّ شخصًا بعَيْنِه؛ لأنَّا إنما منَعْنا مِن صحتِه لحقِّ المالِكِ للضررِ الذي يَحْصُلُ في بعضِ الركوبِ، فإذا رَضِي به صار المعقودُ عليه معلومًا، فجاز كما قُلنا في الأرضِ.

قال: وكذلك إذا استأْجَرَ ثوبًا لِلُّبْسِ وأَطْلَقَ اللُّبْسَ.

فهو مثلُ مسألتِنا.

قال: فإن قال: على أنْ يَرْكَبَها فلانٌ، أو يَلْبَسَ الثوبَ فلانٌ، فأَرْكَبها غيرَه أو أَلْبَسه غيرَه، كان ضامِنًا إن عَطِبَتْ[2].

وذلك لأن الركوبَ واللُّبْسَ يَخْتَلِفُ باختلافِ المستَعْمِلِ، فصار ذلك كالجِنْسَيْنِ، ولو استَأْجَرَها لجنسٍ مِن المنفعةِ فاستَوْفَى غيرَها لم يَجُزْ، وكان غاصِبًا ضامِنًا، كذلك هذا.

قال: وكذلك كلُّ ما يَخْتَلِفُ باخْتِلافِ المستَعْمِلِ، [3]فأمَّا العقارُ وما لا يَخْتَلِفُ باخْتِلافِ المستَعْمِلِ[3]، فإذا شرَط سُكْنَى واحدٍ فله أن يُسْكِنَ غيرَه.

لأنه إذا لم يَخْتَلِفْ فهو بمنزلةِ جنسٍ واحدٍ مِن المنفعةِ، فإذا أَذِن في استيفائها

(١) في (أ٢، ض، ع، ي): «فيصير».

(٢) وقال في (ح) بين السطرين: «أي: هلكت».

(٣-٣) ليس في (أ٢، ي).



فقد أَذِن في استيفاءِ مثْلِها؛ ألا تَرى أنه لو استأْجَر دابةً لِيَحْمِلَ عليها هذا الطعامَ فحمَل عليها مثلَه مِن طعامٍ آخَرَ جاز، كذلك هذا.

قال: وإن سمَّى نوعًا وقدْرًا يَحْمِلُه على الدابَّةِ مثلَ أن يقولَ: خمسةُ أقفزةِ حنطةٍ. فله أن يَحْمِلَ ما هو مِثْلُ الحنطةِ في الضررِ أو أقلُّ كالشَّعيرِ والسِّمْسِمِ، وليس له أن يَحْمِلَ ما هو أَضَرُّ[1] مِن الحنطةِ كالمِلْحِ والحديدِ[2].

وأصلُ ذلك أن مَن استَحَقَّ منفعةً مقدَّرةً بالعقدِ فاستَوْفَى تلك المنفعةَ، أو مثلَها، أو أقلَّ منها جاز، وإن استَوْفَى أكثرَ منها لم يَجُزْ؛ وذلك لأنَّ التعْيينَ في العقودِ يثبُتُ حكْمُه إذا كان له فائدةٌ، فإن لم يكن فيه[3] فائدةٌ سقَط؛ ألا تَرى أنه لو استأْجَرَها لِيَحْمِلَ عليها قَفِيزًا مِن حنطةِ زيدٍ، فحمَل عليها قَفِيزًا مِن حنطةِ عمرٍو، وهما مُتساوِيانِ في الصفةِ جاز؛ لأن الضررَ على الدابَّةِ واحِدٌ.

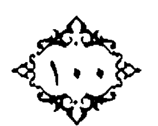
فإذا ثبَت هذا قُلْنا: إذا استأْجَرها لِيَحْمِلَ عليها حنطةً فحمَل عليها مَكِيلًا آخَرَ ثِقَلُه كثِقَلِ الحنطةِ وضررُه كضررِها جاز؛ لأنه استَوْفَى مِثْلَ ما سمَّى، وإن حمَل عليها مثلَ قدْرِ الحنطةِ شَعِيرًا جاز؛ لأن ضررَ الشعيرِ أَقَلُّ مِن ضررِ الحنطةِ لِخفَّتِه فقد استَوْفى أقلَّ مِما سمَّى، وإذا استأْجَرها لِيَحْمِلَ عليها قَفِيزَ حنطةٍ فحمَل عليها قَفِيزَ مِلْحٍ لم يَجُزْ؛ لأنه استَوْفَى أكثرَ مِمَّا شرَط فلا يَجوزُ.

قال: وإن استأْجَرها لِيَحْمِلَ عليها قُطْنًا سمَّاه فليس له أن يَحْمِلَ مثْلَ وَزْنِه حديدًا.

---

(١) في (ح٢): «أكثر». (٢) من (ج، ح٢، غ، ل، ي).

(٣) في (أ٢، ر، ع، غ): «له»، وفي (س): «له فيه».



وذلك لأن الضررَ هاهنا ليس هو للثقَلِ وإنما هو للجنسِ؛ ألا تَرى أن القطنَ يَنْبَسِطُ على ظهرِها والحديدُ يكونُ في مكانٍ واحدٍ، ولم يُؤذَنْ له في ذلك ولا استَحَقَّه بالعقدِ فلا يَجوزُ، وإن فعَله ضَمِن ولا أَجْرَ عليه؛ لأنه لم يَسْتَوْفِ المنفعةَ المعقودَ عليها واستيفاؤه لِما لم يَقَعْ عليه العقدُ غصْبٌ[1]، ولا أجْرَ على الغاصبِ وعليه الضمانُ.

قال: وإن استأْجرها لِيَرْكَبَها فأَرْدَفَ معه رجلًا فعَطِبَتْ ضَمِن نصفَ قيمتِها، ولا مُعْتَبَرَ بالثِّقَلِ[2].

وذلك لأن الدابَّةَ لا تَتْلَفُ بثِقَلِ الراكبِ وإنما تَتْلَفُ لعدَمِ معرفتِه بالركوبِ؛ ألا تَرى أن الرجلَ السَّمِينَ إذا كان يُحْسِنُ الركوبَ، فهو أَخَفُّ على الدابَّةِ مِن النَّحِيفِ[3] الذي لا يُحْسِنُ الركوبَ، فصار تلفُها بركوبِها كتلَفِها بجراحتِها؛ ألا تَرى أن ركوبَ أحدِهما مأذونٌ فيه وركوبَ الآخَرِ غيرُ مأذونٍ فيه فيَضْمَنُ النصفَ، وهذا إذا كانت الدابَّةُ يُمْكِنُ أن يَرْكَبَها اثنانِ، فإن لم يُمْكِنْ فعليه جميعُ قيمتِها؛ لأنه تعمَّد إتلافَها.

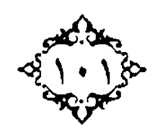
قال: وإن استأْجَرها لِيَحْمِلَ عليها مِقْدارًا مِن الحنطةِ فحمَل أكثرَ منه فعَطِبتْ ضَمِن ما زاد الثِّقَلُ.

وذلك لأن التلفَ هاهنا حصَل بالثِّقَلِ، وبعضُه مأذونٌ فيه، وبعضُه غيرُ مأذونٍ فيه، فيَضْمَنُ بقَدْرِه مِن قيمتِها.

---

(١) في (أ٢، ح، ض، ع، ي): «غصبًا». (٢) في (ي): «بالنقل».

(٣) في (ح٢، س، ي): «الخفيف».



قال: وإن كبَح الدابّةَ بِلِجامِها أو ضرَبها فعَطِبَتْ ضَمِن عند أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يَضْمَنُ استِحْسانًا إذا فعَل المعتادَ مِن ذلك[1].

وبه قال الشافعيُّ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنه ضرَب ما لا يَمْلِكُه لاستيفاءِ منفعةٍ لنفْسِه، فما تولَّد منه يكون مضمونًا، أصلُه إذا ضرَب امْرأتَه.

وجْهُ قولِهما: أنها تَلِفَتْ بفِعْلٍ لم يُخْرِجِ المكْتَرِي مِن العُرْفِ، فصار كما لو هلكَتْ مِن الركوبِ.

الجواب: أن المعْنَى في الركوبِ أنه مأذونٌ فيه نُطْقًا[3]، فما يتولَّدُ منه لا يُضْمَنُ، وفي مسألتِنا تَلِفتْ مِن فِعْلٍ لمنفعةِ المستأْجِرِ لم يَتناوَلْه الإذنُ نُطْقًا[3].

قال: والأُجَراءُ على ضَرْبَيْنِ: أَجيرٌ مُشْتَرَكٌ، وأَجِيرٌ خاصٌّ، فالمُشْتَرَكُ مَن لا يَسْتَحِقُّ الأُجْرَةَ حتَّى يَعْمَلَ، كالصَّبَّاغِ والقَصَّارِ.

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ؛ [4]وإنما سُمِّي مُشْتَرَكًا[4]؛ لأنه لا يَعْمَلُ لواحدٍ، وإنما يَعْمَلُ لكلِّ الناسِ.

---

(١) ينظر: «الأصل» (٣/ ٥٢٦)، و«المبسوط» (١٥/ ١٧٤)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٢١٣)، و«الهداية» (٣/ ٢٣٥)، و«العناية» (٩/ ٨٦).

(٢) ينظر: «الأم» (٤/ ٣٨)، (٦/ ١٨٦)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٢٧)، و«الحاوي» (٧/ ٤٢٨)، و«المهذب» (٢/ ٢٦٦)، و«بحر المذهب» (٧/ ١٩٦).

(٣) في (ل): «مطلقًا»، وفي (ي): «قطعًا».

(٤-٤) ليس في (ي).



قال: والمتاعُ أمانةٌ في يدِه إنْ هلَك لم يَضْمَنْ شيئًا عندَ أبي حنيفةَ، ويَضْمَنُ عندَ أبي يوسفَ، ومحمدٍ[1].

وهو أحدُ أقوالِ[2] الشافعيِّ[3].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: ما روَى[4] عمرُو بنُ شعيبٍ، عن أبيه، عن جدِّه، أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لَا ضَمَانَ عَلَى مُؤْتَمَنٍ»[5]؛ ولأنها عينٌ قبَضها بإذْنِ مالِكها لا على وجْهِ التمليكِ والوَثِيقةِ فوجَب أن لا تكونَ اليدُ مضمونةً عليه كالوديعةِ.

وجْهُ قولِهما: ما رُوِي: «أن عليًّا وعمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا كانا يُضَمِّنانِ الصُّنَّاعَ»[6].

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢١٠)، و«الهداية» (٣/ ٢٤٢)، و«العناية» (٩/ ١٢٢).

(٢) في (ح٢، ر، س): «قولي».

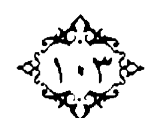
قال الشيرازي في «المهذب» (٢/ ٢٦٨): «وهل يضمن الحمامي الثياب؟ فيه قولان؛ لأنه أجير مشترك». وقال النووي في «الروضة» (٥/ ٢٢٨): «أما المشترك، فهل يضمن ما تلف في يده بلا تعدٍّ ولا تقصير؟ فيه طريقان. أصحهما: قولان. أحدهما: يضمن كالمستعير والمستلم. وأظهرهما: لا يضمن كعامل القراض. والثاني: لا يضمن قطعًا».

(٣) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٤٢٦)، و«المهذب» (٢/ ٢٦٨)، و«بحر المذهب» (٧/ ١٩٢)، و«التهذيب» للبغوي (٤/ ٤٦٦)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٢٢٨).

(٤) بعده في (ج، غ، ل): «في حديث»، وفي (س): «من حديث».

(٥) أخرجه الدارقطني (٢٩٦١/ ١) من طريق عبد اللَّه بن شبيب، عن إسحاق بن محمد، عن يزيد بن عبد الملك، عن محمد بن عبد الرحمن الحجبي، عن عمرو بن شعيب، به. قال البيهقي (٦/ ٢٨٩): «إسناد ضعيف». وقال ابن عبد الهادي في «تنقيح التحقيق» (٤/ ٢٠٠): «هذا الإسناد لا يعتمد عليه؛ فإن يزيد بن عبد الملك ضعفه أحمد وغيره، وقال النسائي: متروك الحديث، وعبد اللَّه بن شبيب ضعفوه».

(٦) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٤٩٤٨، ١٤٩٤٩، ١٤٩٥٠)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (٢٠٨٥٩، =



الجوابُ: أنه قد رُوِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه ما كان يُضَمِّنُهم، والذي رُوِي عنه فهو محمولٌ على ما كان تَلِف مِن عملِه.

فإن قيل: الأجيرُ لمَّا ضُمِّنَ بالعملِ ضُمِّن بالقبضِ، كالمأخوذِ على وجْهِ السَّوْمِ.

قيل له: الثوبُ بالعملِ ليس بمضمونٍ؛ بدليلِ أنه لو تَلِف في حالِ العملِ مِن غيرِ العملِ لم يَضْمَنْ؛ فكذلك قبْلَ العملِ؛ وإنما المضمونُ ما يتولَّدُ مِن العملِ؛ وذلك لا يُوجِبُ ثبوتَ الضمانِ قبْلَ العملِ؛ ألا تَرى أن الوديعةَ تُضْمَنُ بإيقاعِ الفِعْلِ فيها ولا تُضْمَنُ بقبْضِها.

وقد قال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: إنه لا ضمانَ عليه فيما لا يُمْكِنُ التحفظُ منه، كالحريقِ الغالبِ، واللصوصِ الغالِبينَ؛ لأنه غيرُ مُتَّهَمٍ في هذه الحالِ[1].

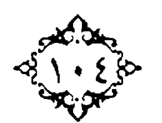
قال: وما تَلِف بعملِه كتخريقِ[2] الثوبِ[3]، وزَلَقِ الحمَّالِ، وانقطاعِ الحبْلِ الذي يَشُدُّ به المُكارِي الحِمْلَ، ....

٢٠٨٦٠، ٢٠٨٦١، ٢٠٨٦٢، ٢٠٨٧١)، و«الأوسط» لابن المنذر (٨٤٨٥، ٨٤٨٦)، و«السنن الكبرى» للبيهقي (٦/ ١٢٢)، و«معرفة السنن» (٨/ ٣٣٩)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٦١)، و«الدراية» (٢/ ١٩٠).

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢١٠)، و«العناية» (٩/ ١٢٢)، و«البناية» (١٠/ ٣١٢)، و«مجمع الضمانات» (١/ ٢٧).

(٢) في (س، ض، ع، غ، ل، ي): «كتحريق». والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «الهداية» (٣/ ٢٤٢)، و«العناية» (٩/ ١٢٢)، و«البناية» (١٠/ ٣١٤)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ١٣٥).

(٣) بعده في (ج): «بدقه»، وفي (ر): «بالدق»، وفي (ي): «من دقه»، وذكر الدق موافق لما في «الهداية» (٣/ ٢٤٢)، و«العناية» (٩/ ١٢٢)، و«البناية» (١٠/ ٣١٤)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ١٣٥).



وغَرَقِ السفينةِ مِن مَدِّها[1] مضمونٌ، إلا أنه لا يَضْمَنُ به بَنِي آدمَ، فمَن[2] غَرِق في السفينةِ، أو سقَط مِن الدابَّةِ لم يَضْمَنْ.

وقال زفرُ: لا ضمانَ عليه في شيءٍ مِن ذلك[3].

وقال الشافعيُّ: إن قلتُ[4] الأجيرُ يَضْمَنُ ما هلَك بغيرِ فِعْلِه فما تَلِف بفِعْلِه أَوْلى، وإن قلتُ لا يَضْمَنُ ما تَلِف مِن غيرِ عملِه فكذلك ما تَلِف بعملِه[5].

وجْهُ قولِهم: أن عملَ الأجيرِ المشترَكِ مضمونٌ عليه؛ بدليل أنه يُجبرُ عليه ويَستَحِقُّ الأجرَ في مقابلتِه، وما تولَّد مِن الفِعْلِ المضمونِ مضمونٌ، أصلُه إذا جرَح رجلًا فسَرَتِ الجراحةُ إلى النفْسِ ولا يلزم (٦البَزَّاغَ إذا بَزَغ٦) الحيوانَ فمات؛ لأن العملَ ليس بمضمونٍ عليه، ولا يُجْبَرُ عليه إذا امتَنع منه؛ ولأن العقدَ تناولَ القِصارةَ، وهي العملُ المصلِحُ للثوبِ، فإذا عَمِل عملًا أفسده، فقد عَمِل

---

(١) أي: أُجرائها. ينظر: «اللباب شرح الكتاب» (٢/ ٩٣).

(٢) في (أ٢، ح٢، س): «ممن».

(٣) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٤٢)، و«العناية» (٩/ ١٢٢)، و«البحر الرائق» (٨/ ٣١)، و«مجمع الأنهر» (٢/ ٣٩٢).

(٤) في (أ٢، غ، ل، ي): «تلف».

(٥) ينظر: «الأم» (٤/ ٣٨)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٢٦)، و«الحاوي» (٧/ ٤٢٥)، و«بحر المذهب» (٧/ ١٩٢).

(٦-٦) في (أ٢، ح، ح٢، ر، ض، غ، ل): «النزاع إذا نزع»، وفي (ي): «النزاع إلى نوع». والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «تحفة الفقهاء» (٢/ ٣٥٣)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٣٠٥)، «الهداية» (٣/ ٢٤٣)، و«البناية» (١٠/ ٣١٨).

وبَزَغَ البيطارُ الدابةَ: شقَّها بالمِبْزغِ، وهو مثل مشرط الحجام، قال: ولو رُوي بالنون من النَّزْغ بمعنى النَّخْس لكان وَجْهًا. ينظر: «المغرب» (ص ٤٢).

ما لم يَتناوَلْه العقدُ، فصار كمَن اعتمد الدقَّ المفْسِدَ مع العلمِ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أنه عمَلٌ مأذونٌ فيه فلا يُضْمَنُ ما تولَّد منه، كمَن استعان برجلٍ في دقِّ ثوبِه.

الجواب: أن عملَه ليس بمضمونٍ فما تولَّد منه غيرُ مضمونٍ؛ لأن الإذنَ وقَع مُطْلقًا، وفي مسألتِنا بخلافِه.

فأما قولُه: لا يَضْمَنُ بَنِي آدمَ. فلأنَّ الآدميَّ لا يُضْمَنُ إلا بالجنايةِ، وعقدُ الإجارةِ ليس بجنايةٍ، فلا يكونُ سببًا في الضمانِ.

قال: وإذا فصَد الفاصِدُ[1] أو بزَغ البازِغُ ولم يَتجاوَزِ الموضِعَ المعتادَ، فلا ضمانَ عليه فيما عَطِب مِن ذلك.

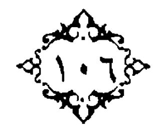
وذلك لأن الموتَ لا يُعْلَمُ أنه حصَل مِن فِعْلِه، ولم يتجاوزِ المعتادَ مِن ذلك، بل فعَل ما أُذِن له فيه، فلم يُوجَدْ مِن جهتِه سببٌ يُوجِبُ الضمانَ فلا يَضْمَنُ، ومتى تَجاوزَ في الفَصْدِ الفَتْحَ المعتادَ فإنه يَضْمَنُ ما تولَّد منه؛ لأن ذلك فِعْلٌ غيرُ مأذونٍ فيه.

قال: والأجيرُ الخاصُّ هو الذي يَستَحِقُّ الأجرةَ بتسليمِ نفْسِه في المدَّةِ، وإن لم يَعْمَلْ، كمَن استُؤْجِر شهرًا للخدمةِ أو لرَعْيِ الغَنَمِ.

وإنما سُمِّي خاصًّا؛ لأنه لا يَصِحُّ أن يَعْمَلَ في المدةِ المعقودِ عليها إلا لِمَن استأْجَره.

---

(١) قال في حاشية (ح): «الفصاد يفصد في العروق، والبزاغ يبزغ في الفم. مشكلات». قال في «مختار الصحاح» (١/ ٢٤٠): «الفصد: قطع العرق».



قال: ولا ضمانَ على الأَجيرِ الخاصِّ فيما تَلِف في يدِه ولا ما تَلِف مِن عملِه.

أما ما تَلِف مِن غيرِ عملِه فلا ضمانَ عليه فيه؛ أما على أصلِ أبي حنيفةَ فلأنها عينٌ قبَضها بإذْنِ مالِكها لا على وجهِ التمليكِ والوثيقةِ، وأما على أصلِهما، فلأن القياسَ أن لا يَضْمَنَ الأجيرُ المشتَرِكُ؛ وإنما ضمَّنَّاه استِحْسانًا واحتياطًا لأموالِ الناسِ، وهذا لا يُوجَدُ في الخاصِّ؛ لأنه يُسلِّمُ[1] نفْسَه ولا يَتَسَلَّمُ[2] المالَ.

وأما ما تَلِف مِن عملِه، فلا ضمانَ عليه فيه أيضًا؛ لأن العملَ ليس بمضمونٍ عليه؛ بدليلِ أنه يَستَحِقُّ البدَلَ مِن غيرِ عملٍ، وما تولَّد مِن فِعْلٍ غيرِ مضمونٍ، فإنه لا يكونُ مضمونًا، فإن تعمَّد الفسادَ ضَمِن كما يَضْمَنُ المودَعُ.

قال: والإجارةُ تُفْسِدُها الشروطُ كما تُفْسِدُ البيعَ.

وذلك لأنها عقدُ معاوضةٍ محضةٍ فصارتْ كالبيعِ، وقد قال أصحابُنا: يَجوزُ شرْطُ الخيارِ في الإجارةِ[3].

وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ[4].

لنا: أنه عقدُ معاملةٍ لا يستحقُّ فيه القبض في المجلسِ، فجاز بشرطِ الخيارِ فيه كالبيعِ.

فإن قيل: القياسُ عندكم يَمْنَعُ شرْطَ الخيارِ في العقودِ؛ وإنما جاز في البيعِ

---

(١) في (ح٢): «تسليم».

(٢) في (أ٢، س، غ، ي): «يسلم»، وفي (ح٢): «بتسليم». وينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢١١).

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٧٩)، و«الهداية» (٣/ ٢٤٧)، و«العناية» (٩/ ١٤٦).

(٤) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٣٩٤)، و«المهذب» (٢/ ٢٥٣)، و«نهاية المطلب» (٥/ ٣٥).

للخَبَرِ، فما سِواهُ[1] على أصلِ القياسِ.

قيل له: الخيارُ [3] إنما شُرِط في البيعِ رِفقًا بالمتعاقدين[2] لِيَرى كلُّ واحدٍ منهما ويَسْتَدْرِكَ ما فاته، وليس في ذلك غَرَرٌ ولا خَطَرٌ، فيَجوزُ[3] في البيعِ، والإجارةُ تَحْتَمِلُ مِن الغَرَرِ والخَطَرِ ما لا يَحْتَمِلُه البيعُ، فإذا جاز في البيعِ خَطَرُ الخيارِ ففي الإجارةِ أَوْلى.

قال: ومَن استأْجَر عبدًا للخدمةِ، فليس له أن يُسافِرَ به إلا أن يَشْترِطَ ذلك عليه.

وذلك لأن خدمةَ السفَرِ تُخالِفُ خدمةَ الحضَرِ وهي أَشَقُّ، فصار ذلك في حكْمِ الجنسَيْنِ، فلا يَسْتَحِقُّ بالعقدِ إلَّا ما شُرِط منها أو دلَّتْ عليه الحالُ، فأما إذا شُرِط ذلك فهو جائز؛ لأنها منفعةٌ تناوَلها العقدُ يُمْكِنُ استيفاؤُها فكان له استيفاؤُها.

قال: ومَن استأجر جمَلًا يَحْمِلُ[4] عليه مَحْمِلًا[5] وراكِبَيْنِ إلى مكةَ جاز، وله المَحْمِلُ المُعتادُ، فإن شاهَد الجمَّالُ المحمِلَ فهو أَجْوَدُ.

وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ حتى يُشاهِدَ المَحْمِلَ، ويُسمَّى ما [6] يُغطَّى به[6].

(١) بعده في (ي): «بقي».

(٢) من (ر).

(٣-٣) ما بين القوسين في (أ٢، ج، ح، ض، ع، ي): «يجوز»، وفي (ح٢): «لا يجوز».

(٤) في (ض، ي): «ليحمل».

(٥) المحمل: بفتح الميم الأولى وكسر الثانية أو على العكس الهودج الكبير. ينظر: «المغرب» (ص١٢٩).

(٦-٦) في (ح٢، ر، ل، ي): «يعطى به»، وفي (ح، س، ض): «يعطى له»، ووقع في «التجريد» =

دليلُنا: قولُه تعالى: ﴿لَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَن تَبْتَغُوا فَضْلًا مِّن رَّبِّكُمْ﴾[البقرة:١٩٨]. قال: ابنُ عباسٍ: «تَحُجُّوا وتُكْرُوا الإبلَ»[١]. ولم يُفَصِّلْ؛ ولأن المحملَ غيرُ مقصودٍ بالكِراءِ، وإنما يُرادُ لتَسْهيلِ الركوبِ والترفُّهِ، فلا يَقِفُ العقدُ على مشاهدتِه كالظِّلالِ، وسَرْجِ الدابةِ[٢]، وإكافِها[٣]، وهذا كلُّه مُسلَّمٌ.

فأما قولُه: وإن شاهَد ذلك فهو أجودُ. لزوالِ الجهالةِ.

فإن قيل: المحمِلُ يَختَلِفُ بالثِّقَلِ والخِفَّة، وذلك يُوجِبُ اختلافَ المنفعةِ المعقودِ عليها، فمنَع صحةَ العقدِ.

قيل له: يَبْطُلُ بالسَّرْجِ والظِّلالِ؛ ولأن المحاملَ معتادةٌ في كلِّ بلدٍ، فالعقدُ يَقَعُ على المعتادِ منها، فإن جاء بما يُخالِفُ العادةَ[٤] لم يستَحِقَّ بالعقدِ[٥].

قال: وإن استأْجَرَ بعيرًا لِيَحمِلَ عليه مقدارًا مِن الزادِ فأكَل منه في الطريقِ جاز أن يَرُدَّ عِوَضَ ما أكَل.

(٧/ ٣٦٢٠): «ويسمَّى الوطاء فإن أطلق الغطاء جاز»، ونص الشافعي في «الأم»: «ولا يجوز من ذلك شيء على شيء مغيب لا تجوز حتى يرى الراكب والراكبين وظرف المحمل والوطاء، وكيف الظل إن شرطه». وجاء في: «المغرب» (ص ١٢٩): «والوطاء: الفراش الوطيء، أي: اللين». ينظر: «الأم» (٤/ ٣٦)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٢٦)، و«الحاوي» (٧/ ٤١١).

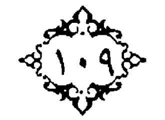
(١) أخرجه البخاري (١٧٧٠) بمعناه.

(٢) السَّرْج: رَحْلُ الدَّابَّة، والجمع سُرُوج. ينظر: «المعجم الوسيط» (١/ ٤٢٥).

(٣) الإكاف: البَرْذَعة. والجمع أُكُف. ينظر: «المعجم الوسيط» (١/ ٢٢).

(٤) في (ح، ض): «المعتاد»، وفي (ح٢): «ذلك».

(٥) في (أ٢، ي): «العقد».



وقال بعضُ أصحابِ الشافعيِّ: لا يَسْتَبْدِلُ[1].

دليلُنا: أنه استَحقَّ عليه حملَ قدْرٍ مِن الزادِ فإذا نقَص كان له ردُّ بدَلِه، أصلُه إذا سُرِق، وكالماءِ[2]؛ ولأن ما شُرِط حملُه وَزْنًا إذا نقَص، فله ردُّ مثلِه، أصلُه المتاعُ.

فإن قيل: مُطلَق العقدِ يُحمَلُ على العرفِ كنقْدِ البلدِ، والعادةُ أنهم يأْكُلون ولا يَرُدُّون بدَله، ويَشْرَبُون الماءَ ويرُدُّون بدلَه فحُمِل العقدُ على المعتادِ.

قيل له: إذا شرَطوا حملَ وزنٍ معلومٍ فلم يُطْلِقوا العقدَ، بل عيَّنُوا المعقودَ عليه، ثُمَّ هذه العادةُ مُنْقَسِمةٌ قد يَرُدُّون وقد لا يَرُدُّون، فلم يَصِحَّ الرجوعُ إلى العادةِ مع انقسامِها.

قال: والأجرةُ لا تَجِبُ بالعقدِ[3].

وقال الشافعيُّ: إذا أَطْلَق العقدَ استُحِقَّتِ الأجرةُ بالعقدِ[4].

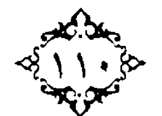
دليلُنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «ثَلَاثَةٌ أنا خَصْمُهُمْ، ومَنْ كُنْتُ خَصْمَهُ فَقَدْ خَصَمْتُهُ؛ رَجُلٌ باعَ حُرًّا فأَكَلَ ثَمَنَهُ، وَرَجُلٌ أَعْطَى بِي، ثُمَّ غَدَرَ، ورَجُلٌ اسْتَأْجَرَ أَجِيرًا فَاسْتَوْفَى

(١) ينظر: «الأم» (٤/ ٣٧)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٢٦)، و«الحاوي» (٧/ ٤٢٠)، و«المهذب» (٢/ ٢٥٦)، و«بحر المذهب» (٧/ ١٦٨)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٢٢٠).

(٢) بعده في (س): «إذا شرب».

(٣) في (ح، ي): «بنفس العقد». وينظر: «التجريد» (٧/ ٣٥٨٠)، و«المبسوط» (٣/ ٤٤)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٤)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٢٦٦، ٢٦٧).

(٤) ينظر: «الحاوي» (٣/ ٣١٨)، (٧/ ٣٩٥)، و«المهذب» (٢/ ٢٥١)، و«نهاية المطلب» (٨/ ٨١)، و«بحر المذهب» (٧/ ١٤٣)، و«روضة الطالبين» (٥/ ١٧٤).



عَمَلَهُ وَلَمْ يُوَفِّهِ أَجْرَهُ»[1]. فذَمَّهُ على تَرْكِ دَفْعِ الأُجْرَةِ بَعْدَ استيفَاءِ العملِ، وهذا يدُلُّ على أن الأجرةَ تَجِبُ بعْدَ استيفاءِ المنفعةِ؛ ولأنه مالٌ في مقابلةِ[2] منفعةٍ، فلا يُسْتَحَقُّ بنفْسِ العقدِ كالربحِ في المضاربةِ، ولا يَلْزَمُ المهرُ؛ لأنه في مقابلةِ الاستباحةِ.

فإن قيل: معاوضةٌ لا يَمْلِكُ أحدُ المتعاقِدَيْنِ فسخَها بغيرِ عذرٍ، فوجب أن يقْتَضِيَ إطلاقُها تعجيلَ العِوَضِ كالنكاحِ.

قيل له: يَبْطُلُ بالمساقاةِ؛ ولأن البدلَ في النكاحِ أقوى في الثبوتِ مِن الأجرةِ؛ بدليلِ أن المرأةَ لو ماتت عَقِيبَ العقدِ وجَب البدَلُ، وإن لم يتمكَّن الزوجُ مِن الاستمتاعِ، ولو احترَقَتِ الدارُ المستأجَرةُ، أو مات العبدُ لم يَستَحِقَّ الأجرةَ فلم يَجُز اعتبارُ أحدِهما بالآخرِ.

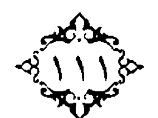
قال: وتُستَحَقُّ بأحدِ ثلاثةِ معانٍ؛ إما بشرطِ التعجيلِ، أو بالتعجيلِ مِن غير شرطٍ، أو باستيفاءِ المعقودِ عليه.

وذلك لأن الأجرةَ إذا لم تُمْلَكْ بإطلاقِ العقدِ وشرْطِ تعجيلِها مُلِكتْ بالشرطِ؛ لأن الشرطَ يُغَيِّرُ مقتَضى إطلاقِ العقدِ؛ ألا تَرى أن شرْطَ التأجيلِ يُغَيِّرُ مقتَضى العقدِ الذي هو الحلولُ، وأما إذا عجَّلها فلأن العقدَ سببٌ في استحقاقِها، فإذا عجَّلها بعْدَ وجودِ سببِها مُلِكتْ كالدَّينِ المؤجَّلِ إذا عجَّله، وأما إذا استَوفى المعقودَ عليه؛ فلأنه قد ملَك المعوَّضَ فاستَحَقَّ مِلْكَ العِوَضِ به في مقابلتِه.

---

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) في (ح): «مقابلة استباحة»، وفي (ر، س، ع): «مقابلته».



قال: ومَن استأْجَر دارًا فللمؤجِّرِ أن يُطالِبَه بأُجْرةِ كلِّ يومٍ إلَّا أن يُبيِّنَ وقتَ الاستحقاقِ[1].

وقال زفرُ: لا يُطالبُه إلا بعْدَ مُضِيِّ مدَّةِ الإجارةِ، ولو كانت مئةَ سنةٍ، وهو قولُ أبي حنيفةَ الأولِ[2].

وجْهُ قولِهم: أن القياسَ يقتَضِي أن تَجِبَ الأجرةُ [3]حالًّا فحالًّا[3]؛ لأنه ملَك المبْدَلَ فاستَحَقَّ ما في مقابلتِه، إلا أنهم استَحْسَنُوا فقالوا: يومًا فيومٍ[4]؛ لأن إيجابَ التسليمِ في كلِّ ساعةٍ يؤدِّي إلى الضررِ؛ ألا تَرى أنه لا يتفرَّغُ مِن تسليمِ الأجرةِ في ساعةٍ إلا وقد وجَب تسليمُ أَجْرٍ[5] آخَرَ، فيَتَّصِلُ[6] زمانُه في دفْعِ الأجرةِ، فلهذا قالوا: يُطالِبُه في كلِّ يومٍ؛ لأن اليومَ مقصودٌ بالانتفاعِ، وأخذَ بدلِه لا يؤدِّي إلى الضررِ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن العقدَ إذا وقَع على مدَّةٍ جملةٍ واحدةٍ فالمعقودُ عليه

(١) بعده في (ج، ي): «بالعقد». وهو الموافق لما في «الهداية» (٣/ ٢٣١)، و«العناية» (٩/ ٧٢)، و«البناية» (١٠/ ٢٣٦)، وفي (نسخة مختصر القدوري): «في العقد». وهو الموافق لما في «الجوهرة النيرة» (١/ ٢٦٧).

(٢) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٣١)، و«العناية» (٩/ ٧٣)، و«البناية» (١٠/ ٢٣٦).

(٣-٣) في (أ٢): «بحال فحال»، وفي (ح، ع): «حال فحال»، وفي (ح٢، غ، ل): «حالًا فحال»، وفي (س): «حالًا بحال»، وفي (ي): «حال بحال»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في: «البناية» (١٠/ ٢٣٦).

(٤) في (ر): «فيومًا»، وفي (س، غ، ل، ي): «بيوم».

(٥) ليس في (س، ع، ي).

(٦) في (ي): «فيفصل».



يُنْتَفَعُ بـه بتكامـلِ المدَّةِ، فلا يَلْزَمُه تسـليمُ البدَلِ إلا بعْدَ الفراغِ، كما لو اسـتأْجَر خيَّاطًا لِيَخِيطَ له ثوبًا فخاط بعضَه.

فأما إذا بيَّن وقتَ الاستحقاقِ فهو بمنزلةِ شرْطِ تعجيلِ الأُجرةِ.

قال: ومَن استأْجَر بعيرًا إلى مكةَ فللجمَّال أن يُطالِبَه بأُجْرةِ كلِّ[1] مرحلةٍ.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ الثاني، وكان قولُه الأولُ: أن لا يُطالِبَه حتى يَعُودَ، وهو قولُ زفرَ، وعن أبي يوسفَ: أنه إذا بلَغ ثلثَ الطريقِ أو نصفَه أُعْطِي مِن الأجرةِ بِحسابِه استِحْسانًا[2].

وجْهُ قـولِ أبـي حنيفةَ الثاني: أن كلَّ مرحلةٍ سيرٌ مقصودٌ لا تَشُقُّ المطالَبةُ ببدَلِه، فصار كاليومِ في إجارةِ الدارِ.

وجْهُ قـولِ أبي يوسفَ: أن ثلـثَ الطريقِ منفعةٌ[3] مقصـودةٌ؛ ألا تَرى أن مِن الناسِ مَن يَرْكَبُ مع جمَّالٍ[4] نصفَ الطريقِ، ثُمَّ ينْتَقِلُ إلى غيرِه، وإذا كان ذلك مقصودًا لَزِمه الأَجْرُ إذا وُجِد.

وجْهُ قولِ زفرَ: ما قدَّمْناه في مسألةِ الدارِ.

قال: وليـس للخيـاطِ والقَصَّارِ أن يُطالِـبَ[5] بالأُجْرةِ حتى يَفْرُغَ مِن العملِ إلا أنْ يَشْتَرِطَ التعْجيلَ.

---

(١) ليس في (ض)، وفي (ح، ح٢، ع، غ، ل): «مرحلة».

(٢) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٣١)، و«العناية» (٩/ ٧٣)، و«البناية» (١٠/ ٢٣٧).

(٣) في (أ٢، ح، ح٢، ض): «منفعته».

(٤) في (س): «الحمال». (٥) في (س): «يطالبه».



وذلك لأن خياطةَ بعضِ الثوبِ وقِصارتَه لا يُنتَفَعُ به؛ وإنما يُنتفَعُ به بعْدَ الفراغِ منه، فإذا فرَغ منه وسلَّمه وجبَتِ الأجرةُ، فأما إذا شرَط التعجيلَ، فقد بيَّنَّا أنه يستَحِقُّ بالشرْطِ وإن لم يستَحِقَّ بإطلاقِ العقدِ.

قال: ومَن استأْجَر خبَّازًا لِيَخْبِزَ له في بيتِه قَفِيزَ دَقِيقٍ بدرهمٍ لم يَسْتَحِقَّ الأُجرةَ حتى يُخْرِجَ الخبزَ مِن التَّنُّورِ.

وهذا الذي ذكَره معناه: لا يَستَحِقُّ جميعَ الأُجرةِ؛ وذلك لأن الأجرةَ تُستَحَقُّ بتمامِ العملِ، ولا يكونُ ذلك إلا بعْدَ إخراجِ الخبزِ من التَّنُّورِ، فاستحق الأَجْرَ في تلك الحالِ، فإن خبَزَ البعضَ استَحقَّ بقَدْرِه مِن الأُجرةِ؛ لأنه فِعْلٌ مقصودٌ يُنتَفَعُ به فاستَحَقَّ الأَجْرَ في مقابلتِه.

قال: ومَن استأجَرَ طبَّاخًا لِيَطْبُخَ له طعامًا للوليمةِ فالغَرْفُ عليه.

وذلك لأن العادةَ جاريةٌ أن الطباخَ يَغرِفُ، والعقدُ يقَعُ على المعتادِ المتعارَفِ إذا لم يُشْرَطْ غيرُه.

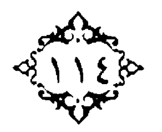
قال: ومَن استأْجَر رجلًا لِيَضْرِبَ له لَبِنًا استَحَقَّ الأُجرةَ إذا أقامه عند أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يَستَحِقُّها حتى يُشَرِّجَه[1].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن اللَّبِنَ إذا نُصِب[2] فقد انتهى عملُه، وصار على صفةٍ يُمْكِنُ الانتفاع به في العادةِ، وقَبْلَ ذلك فهو أرضٌ وتَشْرِيجُه زيادةُ عملٍ بعد الفراغ

---

(١) يشرجه: أي: ينضده؛ بضم بعضه إلى بعض. وينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٣٥٤)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٥)، و«الهداية» (٣/ ٢٣٢)، و«العناية» (٩/ ٧٧)، و«البناية» (١٠/ ٢٤٠).

(٢) في (ي): «ضرب».



مِن العملِ المقصودِ فهو كنقْلِه إلى موضعِ العملِ؛ وذلك غيرُ واجبٍ عليه.

وجْهُ قولِهما: أن اللَّبِنَ ما لم يُشْرَجْ لا يُؤمَنُ فسادُه، فهو بمنزلةِ الخبْزِ قبْلَ إخراجِه مِن التنورِ فلا يَستَحِقُّ الأُجرةَ.

قال: وإن قال: إن خِطْتُ هذا الثوبَ فارِسِيًّا فبِدِرْهمٍ، وإن خِطْتُهُ رُومِيًّا فبِدِرْهمَيْنِ. جاز، وأيُّ العملَيْنِ عَمِل استَحَقَّ الأجرةَ.

وعن زفرَ: أن ذلك لا يَصِحُّ[1]، وبه قال الشافعيُّ[2].

وجْهُ قولِهم: أنه خيَّره بينَ عَمَلَيْنِ معلُومَيْنِ، كلُّ واحدٍ منهما ببذْلٍ معلومٍ فوجَب أن يَصِحَّ، أصلُه إذا قال: إن ردَدْتَ الآبِقَ مِن الكوفةِ فلَكَ دِرْهمٌ، وإن ردَدْتَه مِن البصرةِ فلَكَ دِرهمانِ[3]، أو قال: إن خِطْتَ هذا الثوبَ[4] اليومَ فبِدِرْهمٍ، وإن خِطْتَه غدًا فبِدِرْهمَينِ، وعملُهما سواءٌ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن المعقودَ عليه مجهولٌ والأجرةُ أيضًا مجهولةٌ فلا يَصِحُّ، كما لو قال: إن خِطْتَه فلكَ نصفُ درهمٍ نقدًا أو[5] درهمٌ إلى شهرٍ.

الجوابُ: أن الأجرةَ لا تَجِبُ عندَنا بالعقدِ؛ وإنما تَجِبُ باستيفاءِ العملِ، فإذا أخَذ في أحدِهما صار البدَلُ معلومًا فجهالتُه قبْلَ ذلك لا تؤثِّرُ، والموضعُ

---

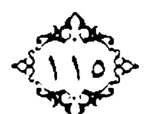
(١) ينظر: «المبسوط» (١٥/ ١٠٠)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ١٨٥)، و«البناية» (١٠/ ٣٢٢).

(٢) ينظر: «بحر المذهب» (٧/ ١٧٩)، و«روضة الطالبين» (٥/ ١٧٥).

(٣) في (س): «درهمين»، وفي (ي): «درهمًا».

(٤) من (ج، س، غ، ل).

(٥) في (أ٢، ح٢، ر، ض، ع، ي): «و».



الذي قاسُوا عليه المعقودَ عليه واحدٌ، والبدَلُ مجهولٌ فلا يَدْرِي إذا عَمِل ما الذي يَستَحِقُّ، وفي مسألتِنا بدَلُ كلِّ واحدٍ مِن العمَلَيْنِ معلومٌ وهو يَستَحِقُّ الأجرةَ بالعملِ، وعندَ الاستحقاقِ يَصِيرُ البدَلُ معلومًا.

قال: وإن قال إن خِطْتَه اليومَ فبدِرْهمٍ، وإن خِطْتَه غدًا فبنصفِ دِرْهمٍ، فإن خاطه اليومَ فله دِرهمٌ، وإن خاطه غدًا فله أجْرُ مثلِه عندَ أبي حنيفةَ لا يَتجاوَزُ به نصفَ درهمٍ.

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ؛ لأنَّ[1] الشرطَ الأولَ عندَ أبي حنيفةَ صحيحٌ والثاني باطِلٌ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: الشرطانِ جائزانِ.

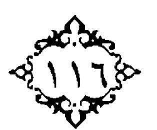
وقال زفرُ: الشرطانِ باطلانِ[2]. وهو قولُ الشافعيِّ[3].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: في الشرطِ الأولِ أنه عمَلٌ معلومٌ بأجرٍ معلومٍ وذكْرُ اليومِ إنما هو لتعجيلِ العملِ، والشرطُ الثاني منفصلٌ عنه فهو كعقدٍ آخَرَ، ففسادُ أحدِهما لا يُوجِبُ فسادَ الآخَرِ، كمَن عقَد إجارةً صحيحةً وإجارةً فاسدةً، ولا يَلْزَمُ إذا قال: خِطْ هذا الثوبَ اليومَ ولك دِرهمٌ؛ لأن المعقودَ عليه مجهولٌ؛ ألا تَرى أن البدَلَ إن كان في مقابلةِ العملِ استَحَقَّ الأجرَ بفراغِه لا بِمُضِيِّ المدةِ، وإن كان في مقابلةِ المدَّةِ استَحَقَّ الأجرَ بِمُضِيِّ المدَّةِ، وإن لم يَعمَلْ، فلهذا

(١) من (ج، ر، ي)، وفي (غ): «و».

(٢) ينظر: «المبسوط» (١٥/ ١٠٠)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ١٨٦)، و«الهداية» (٣/ ٢٤٤).

(٣) ينظر: «بحر المذهب» (٧/ ١٨٠)، و«التهذيب» للبغوي (٤/ ٤٢٩)، و«روضة الطالبين» (٥/ ١٧٥).



لم يَصِحَّ العقدُ، وفي مسألتِنا الأجرُ في مقابلةِ العملِ، واليومُ مذكورٌ للتعجيلِ فصحَّ العقدُ.

وأما الشرطُ الثاني: فهو فاسدٌ على قولِ أبي حنيفةَ؛ لأن الأولَ قد صحَّ على ما بيَّنَّاه ومُوجبُه أجرُ المثْلِ إذا لم يَقَعِ الوفاءُ به؛ لأنه يَستَوْفِي المنفعةَ المعقودَ عليها مع بُطْلانِ التسميةِ، فإذا شرَط نصفًا فقد نفَى مُوجَبَ العقدِ الأولِ، والعقدُ إذا صحَّ لم يَنْتَفِ موجبُه فيَفْسدُ الشرْطُ، ولا يُشْبِهُ هذا الخياطةَ الروميةَ والفارسيةَ؛ لأن العقدَ الأولَ قد صحَّ، ولم يَنْفِ موجبَه بالشرطِ الثاني؛ لأنه لو خاطه فارسيًّا وقد شرَط رُومِيًّا لم يَستَحِقَّ شيئًا؛ وإذا لم يَنْفِ موجَبَ الشرْطِ الأولِ صحَّ الثاني.

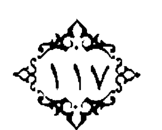
وجْهُ قولِهما: أن العملَ في كلِّ واحدٍ مِن اليومَيْنِ فيه غرَضٌ؛ ألا ترى أن الإنسانَ قد يَقْصِدُ أن يتعجَّلَ الثوبَ لِيتجمَّلَ به أو يَبِيعَه، وإذا اختلَف الغَرَضُ في اليومَيْنِ صار كالنوعَيْنِ مِن العملِ، فيَجوزُ أن يشرطَ[1] لكلِّ واحدٍ منهما أجرًا.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن العملَ في اليومينِ عمَلٌ واحدٌ فصار كالعقدِ الواحدِ، ففسادُ أحدِهما يُوجِبُ فسادَ الآخرِ.

وإذا ثبَت مِن أصلِ أبي حنيفةَ أن الشرْطَ الثانيَ باطلٌ، قال: إذا عَمِل في اليومِ الثاني فله أجرُ مثْلِه؛ لأنه عقدٌ فاسدٌ فيَجِبُ فيه أجرُ المثلِ دُون المسمَّى، ولا يُزادُ على المسمَّى في الإجارةِ الفاسدةِ، والمسمَّى هو النصفُ، فأما الدرهمُ فهو مسمًّى في العقدِ الأولِ فلا اعتبارَ به.

---

(١) في (ر، غ، ل): «يشترط».



قال: وإن قال: إن سكَنْتَ (١في هذا١) الدكانِ(٢) عطَّارًا فبدِرْهمٍ في الشهرِ، وإن سكَنْتَه حدَّادًا فبدِرْهَمَيْنِ. جاز، وأيُّ الأَمْرَيْنِ فعَل استَحَقَّ (٣المستأْجَر به٣).
وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: الإجارةُ فاسدةٌ(٤).

وأصلُ هذه المسائلِ أن عقدَ الإجارةِ إذا وقَع على أحدِ شيئينِ، وسمَّى لكلِّ واحدٍ منهما أجرًا معلومًا فهو جائزٌ، مثْلُ مَن قال لرجلٍ: قد أَجَّرْتُكَ هذه الدارَ بخمسةِ دراهمَ، أو(٥) هذه الأُخرى بعشرةٍ؛ وكذلك إن كان ذلك في حانوتَيْنِ، أو عبدَيْنِ، أو مسافتَيْنِ مختلِفتَيْنِ؛ مثلُ قولِه: قد أَجَّرْتُكَ هذه الدابةَ إلى واسطٍ بكذا، أو إلى الكوفةِ بكذا، وكذلك إن كان على عملَيْنِ مختلِفَيْنِ مثلِ الخياطةِ الرُّوميَّةِ والفارسيةِ، فذلك كله جائزٌ عند أصحابِنا، وكذلك إن خيَّره بينَ ثلاثةِ أشياءَ، فإن ذكَر أربعةً لم يَجُزْ، فظاهرُ قولِ زفرَ أن جميعَ ذلك لا يَجوزُ، وقد بيَّنَّا وجْهَه.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: كلُّ ما يَجِبُ الأَجْر فيه بالتسليمِ، ولا يُعْلَمُ الواجبُ به فهو باطِلٌ(٦)؛ مثْلُ إجارةِ الدارِ شهرًا إن قعَد حدَّادًا فبعشرةٍ، وإن قعَد بزَّازًا فبخمسةٍ.

(١-١) في (ر، ض): «هذه الدكان»، وفي (س): «في هذه الدار»، وفي (ل): «هذا».

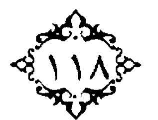
(٢) في (س): «هذه الدار».

(٣-٣) في (أ٢): «المستأجز»، وفي (ر): «الأجر فيه»، وفي (س): «الأجر»، وفي (ي): «المسمَّى».

(٤) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٤٤)، و«العناية» (٩/ ١٣٥)، و«البناية» (١٠/ ٣٢٨).

(٥) في (أ٢، ر، س، ض، ي): «و».

(٦) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٨٦).



وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنه خيَّره بين منفعتَيْنِ معلومتَيْنِ، فوجَب أن يَجوزَ كالخياطةِ الرُّوميَّةِ والفارسيَّةِ.

ووجْهُ قولِهما: أن الأجرةَ لا تَجِبُ بالسكْنى، وإنما تَجِبُ بالتخْليةِ، بدليلِ أنه لو خلَّى بينَه وبينَ الدارِ، فلم يَسْكُنْها لَزِمه الأَجْرُ[1]، وحالَ التخليةِ لا يَعْلَمُ ما يسكُنُ فصار البدَلُ مجهولًا عندَ وجوبِه فلم يَصِحَّ العقدُ، ولا يُشْبِهُ هذا خِياطةَ الرُّوميِّ والفارِسيِّ؛ لأن البدَلَ يُعْلَمُ بابتداءِ العملِ، ولا بُدَّ مِن أن يَبْتَدِئَ بأحدِ العملَيْنِ فيَصِيرَ البدَلُ معلومًا عند وجوبِه.

قال: ومَن استأْجَر دارًا كلَّ شهْرٍ بدرهمٍ فالعقدُ صحيحٌ في شهرٍ واحدٍ، فاسدٌ في بقيَّةِ الشهورِ إلَّا أن يُسمِّيَ جملةَ شهورٍ معلومةً.

وقال أصحابُ الشافعيِّ: لا يَجوزُ[2].

دليلُنا: ما رُوِي: «أن عليًّا رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أجَّر نفْسَه مِن يهوديٍّ لِيَسْتَقِيَ له كلَّ دَلْوٍ بتمرةٍ، وأخَذ الأَجْرَ وحمَله إلى النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لجوعٍ رآه[3] به»[4]، ولم يُنْكِرْ ذلك صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ ولأنه سمَّى أجرةً معلومةً لمدَّةٍ معلومةٍ مع جملةٍ مجهولةٍ

---

(١) في (س): «الأجرة».

(٢) ينظر: «المهذب» (٢/ ٢٤٦)، و«بحر المذهب» (٧/ ١٤٤)، و«التهذيب» للبغوي (٤/ ٤٣٢)، و«روضة الطالبين» (٥/ ١٩٦).

(٣) في (ي): «نزل».

(٤) أخرجه الترمذي (٢٤٧٣) من حديث علي. قال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب». وأخرجه ابن ماجه (٢٤٤٦) من حديث ابن عباس. ينظر: «نصب الراية» (٤/ ١٣٢، ١٣٣)، و«البدر المنير» (٧/ ٤٤، ٤٥)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٦١).

فوجَب أن يَصِحَّ في المعلومِ، أصلُه إذا قال: أجَّرْتُكَ دارِي شهرًا بدرْهمٍ، وكلُّ شهرٍ بعدَه بدرهمٍ.

فإن قيل: المدةُ التي تناوَلها العقدُ مجهولةٌ، فكان العقدُ باطِلًا، أصلُه إذا قال: أجَّرْتُكَ مدَّةً بعشرةٍ.

قيل له: هناك كلُّ جزءٍ مِن المدَّةِ لو أَفْرَده لم يَصِحَّ العقدُ فيه لجهالةِ بدَلِه، وهاهنا لو أَفْرَد الشهرَ الواحِدَ صحَّ، فإذا ضَمَّ إليه جملةً مجهولةً صحَّ كما ذكَرْنا، فأمَّا إذا ذكَر [1]جُمَلًا مِن الشهورِ[1] معلومةً فإنه يَجوزُ؛ لأن المدةَ معلومةٌ والأجرةَ معلومةٌ.

قال: فإن سكَن ساعةً مِن الشهرِ الثاني صحَّ العقدُ فيه، ولم يَكُنْ للمُؤجِّرِ أن يُخرِجَه[2] إلى أن يَنْقَضِيَ[3]، وكذلك في كلِّ شهرٍ يَسْكُنُ[4] في أوَّلِه.

وذلك لما رُوِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في إجارةِ نفْسِه، ولأنها مدَّةٌ تناوَلها العقدُ وأَفْرَدها بالتسميةِ، فاستيفاءُ المنفعةِ فيها يُوجِبُ التسميةَ، أصلُه الشهرُ الأولُ.

قال: وإذا استأْجَر دارًا سنةً بعَشَرةِ دراهمَ جاز، وإن لم يُسَمِّ قِسْطَ كلِّ شهرٍ مِن الأُجْرةِ.

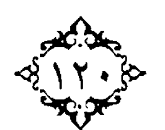
وذلك لأنها مدَّة صحَّتِ الإجارةُ فيها، فلم يَقِفْ صحةُ العقدِ على تقسيطِ

(١-١) في (ج، س): «جملة من الشهور»، وفي (غ، ل): «جملة من الشهر».

(٢) في (ل، غ): «يؤجره».

(٣) بعده في (ض، ي): «الشهر».

(٤) بعده في (ج، س، غ): «سكن».



الأُجرةِ على أجزائها كالشهرِ الواحدِ، وعلى هذا إذا أجَّر دارَه[1] سنينًا[2] صحَّ، وإن لم يَذْكُرْ قِسْطَ كلِّ سنةٍ.

وقال الشافعيُّ: إذا جُوِّزتِ الإجارةُ أكثرَ مِن سنةٍ، فلا بُدَّ مِن ذكرِ قِسْطِ كلِّ سنةٍ[3].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن السنةَ بعضُ مدَّةِ الإجارةِ فلا يَفْتَقِرُ العقدُ إلى ذِكْرِ حصتِه مِن الأجرةِ كالشهرِ الواحدِ.

فإن قيل: الإجارةُ تَقَعُ مترقَّبةً، منتظرةً، مُعَرَّضةً للفسخِ؛ لأن المعقودَ عليه قد يَهْلِكُ فيَبْطُلُ العقدُ، فيَحتاجُ المؤجِّرُ إلى ردِّ حصةِ ما بَقِي مِن المدَّةِ، ويَلْزَمُ المستأْجِرَ حصةُ ما انتفَع به؛ وذلك يَختَلِفُ اختلافًا شديدًا فيتعذَّرُ الوصولُ إليه فشُرِطَ ذكْرُه، ولا يُشْبِهُ السنةَ الواحدةَ؛ لأن الأُجرةَ لا يُختلَفُ فيها في العادةِ.

قيل له: المنافعُ في السنينِ متماثلةٌ فالأُجرةُ تَتقسَّطُ عليها بالأجزاءِ كما تَتقسَّطُ أجرةُ السنةِ على شهورِها، وأجرةُ الشهرِ على أيَّامِه.

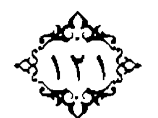
قال: ويَجوزُ أخْذُ أجرةِ الحمَّامِ والحجَّامِ.

وذلك لما رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ احتجَم ودفَع إلى الحجَّامِ أجرةً»[4]؛ ولأنه عمَلٌ معلومٌ أُبِيح استيفاؤُه، فجاز أخْذُ الأُجرةِ عليه كسائرِ الأعمالِ.

---

(١) في (أ٢، ي): «دارًا». (٢) في (ر، ي): «سنين».

(٣) المحكي عن الشافعي في المسألة قولان؛ الأولُ ما ذكَره الشارحُ، والثاني: أنه لا يلزمه أن يبين حصة كل سنة منها، كما في «الحاوي» (٧/ ٤٠٦)، و«نهاية المطلب» (٨/ ١١١)، و«بحر المذهب» (٧/ ١٥٤)، والمعتمد القول الثاني. ينظر: «كفاية النبيه» (١١/ ٢٢٣)، و«النجم الوهاج» (٥/ ٣٦٨). (٤) أخرجه البخاري (٢١٠٣)، ومسلم (١٢٠٢) من حديث ابن عباس.



فأما أجرةُ الحمَّامِ فالناسُ في سائرِ الأعصارِ يَدْفَعُون أجرةَ الحمَّامِ، وإن لم يَشترِطُوا مقدارَ القعودِ، وما يُستعمَلُ مِن الماءِ وغيرِه، وقد قال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَا رَآهُ الْمُسْلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ»[1].

قال: ولا يجوزُ[2] أجرة عَسْبِ التَّيْسِ.

«لِنَهْيِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن عَسْبِ الفَحْلِ»[3]؛ ولأن المعقودَ عليه مجهولٌ، وذلك يَمْنَعُ صحةَ العقدِ.

قال: ولا يَجوزُ الاستئجارُ على الأذانِ، والحَجِّ، والغِناء، والنَّوْحِ.

أما الأذانُ والحجُّ فلأنَّ مِن شَرْطِهما أن يكونَ قُربةً لفاعلِه فلا يَصِحُّ عقدُ الإجارة عليه كالصومِ؛ وكذلك لا يَجوزُ الاستئجارُ على الإمامةِ، ولا على تعليمِ القرآنِ، وقال الشافعيُّ: يَجوزُ[4].

أما الإمامةُ فمِن شَرْطِها أن تكونَ قُربةً لفاعلِها كالصومِ، وأما تَعليمُ القُرْآنِ[5]

(١) تقدَّم تخريجه. (٢) في (س): «تجب» بغير نقط التاء، وبعده في (ح٢، ض، ي): «أخذ».

(٣) أخرجه البخاري (٢٢٨٤) من حديث ابن عمر.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٦): «عَسْب الفحل بفتح العين المهملة، وسكون السين المهملة، بعدها موحدة: ماؤه؛ فرسًا كان أو بعيرًا أو غيرهما، وعسبه أيضًا ضرابه، يقال: عسَب الفحلُ الناقةَ يَعْسِبها عَسْبًا، إذا وطئها، والمرادُ: عن كراءِ العسْبِ، على حذفِ المضافِ». ينظر: «النهاية» (٣/ ٢٣٤)، و«المغرب» (٢/ ٦١).

(٤) في المسألة ثلاثة أوجه للشافعية، والمعتمد الجواز. ينظر: «المهذب» (١/ ١١٦)، و«نهاية المطلب» (١٣/ ١٣)، و«بحر المذهب» (١/ ٤٣٢)، و«روضة الطالبين» (١/ ٢٠٥).

(٥) قال في حاشية (ح): «ويفتى اليوم بصحتها لتعلم القرآن والفقه الأصل عندنا لا يجوز الإجارة =



فلأنَّ النبيَّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال: «اقْرَؤُوا القُرْآنَ، وَلَا تَغْلُوا فِيهِ، ولَا تَأْكُلُوا بِهِ»[1]؛ ولأن العقدَ وقَع على عملٍ لا يَقْدِرُ على إيفائه بنفْسِه فوجَب أن لا يَجوزَ، كما لو استأْجَرَه وحدَه على أن يَحْمِلَ خشبةً لا يَقْدِرُ على حملِها.

فإن قيل: ما جاز التطوُّعُ به جاز أخْذُ الأُجرةِ عليه، أصلُه سائرُ الأعمالِ.

قيل له: يَبْطُلُ بضِرابِ الفَحْلِ، وأما الغِناءُ والنَّوْحُ فهو معصيةٌ، والإجارةُ لا تَصِحُّ على المعاصِي.

قال: ولا يَجوزُ إجارةُ المُشاعِ عند أبي حنيفةَ إلَّا مِن الشريكِ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: إجارةُ المُشاعِ جائزةٌ مِن غيرِ الشريكِ[2].

وبه قال الشافعيُّ[3].

على الطاعات، ولكن لما وقع الفتور في الأمور الدينية يفتى بصحتها لتعلم القرآن والفقه تحذرًا عن الاندراس ويجبر المستأجر على دفع ما قبل ويحبس به، وعلى الخلوة المرسومة بفتح الخاء غير المعجمة هدية تهدى إلى المعلمين على رؤوس بعض سور القرآن سمِّيت؛ لأن العادة إهداء الحلاوي، وهي لغة يستعملها ما وراء النهر. شرح الوقاية».

وما ذكره هذا هو المعتمد عند المتأخرين في الفتوى. ينظر: «المحيط البرهاني» (٧/ ٤٧٩)، و«البناية» (١٠/ ٢٨١)، و«البحر الرائق» (٣/ ٦٤)، و«مجمع الأنهر» (٢/ ٣٨٤).

(١) أخرجه أحمد (١٥٥٢٩) من حديث عبد الرحمن بن شبل. قال ابن حجر في «فتح الباري» (٩/ ١٠١): «سنده قوي». ينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٦٧٤).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص١٨٦): «تغلوا فيه: أصل الغلاء الارتفاع، ومجاوزة القدر في كل شيء، يقال: غاليت في الشيء، وبه. إذا جاوزت فيه الحد، لأن من أخلاقه وآدابه التي أمر بها صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ القصد في الأمور كلها».

(٢) ينظر: «المبسوط» (٢٣/ ١١٥)، و«الهداية» (٣/ ٢٣٨)، و«العناية» (٩/ ٩٨).

(٣) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٤٤٥)، و«المهذب» (٢/ ٢٤٤)، و«نهاية المطلب» (٨/ ٩٨)، و«بحر =



وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنه لا يُمْكِنُ[1] استيفاءُ المنفعةِ على الوجْهِ الذي اقْتَضاه العقدُ؛ لأن العقدَ اقتَضى استيفاءَ المنفعةِ مِن ملْكِ المؤجِّرِ، وهو يَستَوْفِيها مِن ملْكِه وملْكِ الشريكِ، والإجارةُ متى تعذَّر استيفاءُ المنفعةِ فيها على الوجْهِ الذي اقْتَضاه العقدُ لم يَصِحَّ، كمَن استأْجَر أرضًا سَبْخَةً[2] لا تُنْبِتُ للزراعةِ.

وجْهُ قولِهما: أن كلَّ عقدٍ جاز مِن الشريكِ جاز مِن غيرِه كالبيعِ.

الجوابُ: أن البيعَ يَقَعُ به الملْكُ، وذلك في المُشاعِ والمقسُومِ سواءٌ، والمنافعُ لا تُمْلَكُ بالعقدِ؛ وإنما تُمْلَكُ بالاستيفاءِ ولا يُمْكِنُ استيفاءُ المنفعةِ المعقودِ عليها فلم يَصِحَّ العقدُ، فأما إجارةُ المشاعِ مِن الشريكِ، فالمشهورُ عن أبي حنيفةَ جوازُها؛ لأنه يُمْكِنُه استيفاءُ المنافِعِ على الوجْهِ الذي تضمَّنه العقدُ فصار كغيرِ المُشاعِ، ولا يُشْبِهُ الرهنَ مِن الشريكِ والهبةَ؛ لأن صحةَ ذلك يَقِفُ على القبضِ والإشاعةُ تؤثِّرُ فيه فلذلك لم يَصِحَّ.

وقد رُوِي عن أبي حنيفةَ روايةٌ أخرى: أنه لا تَصِحُّ الإجارةُ، وهو قولُ زفرَ[3].

وجْهُ ذلك: أن استدامةَ القبضِ شرْطٌ فيه فلم يَصِحَّ مِن الشريكِ كالرهْنِ.

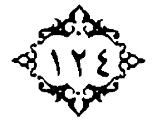
قال: ويَجوزُ استئجارُ الظِّئْرِ بأُجْرةٍ معلومةٍ.

المذهب» (٧/ ١٥٧)، و«روضة الطالبين» (٥/ ١٨٤).

(١) في (ع): «يملك».

(٢) يقال: أرض سبخة بفتح الباء وكسرها، وقد تسكن للتخفيف، أي: أرض ملحة. ينظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٦٣).

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٣٥٧)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ١٨٧)، و«البناية» (١٠/ ٢٨٦).

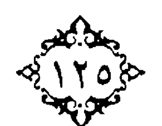


والأصلُ في جوازِه قولُه تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].
ذكَره تعالى في المطلَّقةِ؛ ولأن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بُعِث والناسُ يستأْجِرُون الظِّئْرَ[١]، فلم يُنْكِره[٢]، وهو فِعْلُ المسلِمِينَ في سائرِ الأعصارِ مِن غيرِ نكيرٍ.

واختلَف أصحابُنا المتأخِّرُون في حكمِ هذا العقدِ؛ فمنهم مَن قال: إن العقدَ يَقَعُ على المنافعِ وهي خدمةُ الصبيِّ والقيامُ به، (٣واللَّبَنُ يُستَحَقُّ على طريقِ التَّبَعِ٣) لأنَّ اللَّبَنَ عينٌ، والأعيانُ لا تُستَحَقُّ بعقدِ الإجارةِ إلَّا على طريقِ التَّبَعِ كالصِّبْغِ.
ومنهم مِن قال: إن العقدَ يَقَعُ على اللَّبنِ والخدمةُ تَبَعٌ[٤]؛ بدليلِ أنها لو

---

(١) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص١٨٦، ١٨٧): «الظِّئْر بكسر الظاء المعجمة، وإسكان الهمزة، وآخره راء مهملة: المرضعة لغير ولدها، الحاضنة له. قال في المحكم: الظِئر: العاطفة على ولد غيرها المرضعة له، من الناس والإبل، الذكر والأنثى فيه سواء، والجمع أظؤر وأظآر وظؤور وظؤورة وظؤار، هذه من الجمع العزيز، وظؤرة. وعند سيبويه اسم للجمع. وقال في المغرب: الحاضنة والحاضن أيضًا، وجمعه أظآر، والظؤورة في مصدره مما لم أسمعه. انتهى. قلت: قد أوجدتك هذا الجمع من المحكم، وإن تتبع تجده في غيره، وقد فسر، أعني صاحب المغرب، الحاضنة، فقال: الحاضنة المرأة توكَّل بالصبي، فترفعه وتربيه، وقد حضنت ولدها حضانة، من باب طلب. انتهى. قلت: فعلى هذا يفوت مقصود الأصحاب، فاعلم أنما يطلقون هذا الاسم على المرضعة الحاضنة، وربما يدخلون معنى الحضانة ضمنًا، ولا يريدون بالظئر الحاضنة لولدها، فارجع لما في المحكم فإنه أحكم، واللَّه سبحانه أعلم». ينظر: «المحكم والمحيط الأعظم» (١٠/ ٣٤، ٣٥)، و«المغرب» (٢/ ٣٢)، و«المطلع على ألفاظ المقنع» (ص ٣١٧)، و«المصباح المنير» (٢/ ٣٨٨).
(٢) أشار إليه في «المبسوط» (١٥/ ١١٨)، و«الهداية» (٣/ ٢٣٩)، و«العناية» (٩/ ١٠٢). ينظر: «نصب الراية» (٤/ ١٤٠)، و«الدراية» (٢/ ١٨٩).
(٣-٣) من (ج، ح٢، ر، س، غ، ل).
(٤) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٧٥)، و«البناية» (١٠/ ٢٨٨).



أرضَعَتْه بلَبنِ شاةٍ لم يُستَحقَّ[1] الأَجْرُ مع وجودِ الخدمةِ، وهذا الذي قاله لا يَصِحُّ والصحيحُ هو الأولُ؛ لأنه لا يَمْتَنِعُ أن يَقَعَ العقدُ على خدمةٍ مخصوصةٍ وهي خدمةُ الرَّضاعِ، فإذا أرضعَتْ بلَبنِ شاةٍ فلم تُوجَدِ المنافعُ على الصفةِ المشروطةِ.

وإذا ثبَت أنه عقدٌ على الخدمةِ وجَب أن يُعْتبرَ في العقدِ عليها ما يُعتبَرُ في العقدِ على استئجارِ العبدِ للخدمةِ، فما جاز فيه جاز في عقدِها، وما بطَل في العقدِ على العبدِ بطَل في العقدِ عليها؛ إلا أن أبا حنيفةَ استَحْسَن أن يستأْجِرَها بطعامِها وكسوتِها، وإن لم يُوصَفْ مِن ذلك شيءٌ، ويكونَ لها الوسَطُ منه، وهي تَجْرِي مَجْرَى النفقةِ مِن وَجْهٍ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يَجوزُ، وهو القياسُ[2]، وبه قال الشافعيُّ[3].

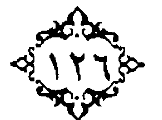
وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: قولُه تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ﴾ [البقرة:٢٣٣]. ذكَر ذلك في المُطلَّقاتِ، ولا يكونُ إلا على وجْهِ الأُجرةِ، ولهذا جعَله على الوارِث بقولِه: ﴿وَعَلَى ٱلۡوَارِثِ مِثۡلُ ذَٰلِكَۗ﴾ [البقرة:٢٣٣]؛ ولأنها مؤنةٌ يُجبَرُ الأبُ عليها لتغذيةِ الولدِ، فجاز أن يكونَ طعامًا وسَطًا غير موصوف في الذمة، أصلُه نفقةُ الولدِ.

وجْهُ قولِهما: أن البدلَ مجهولٌ في الجنسِ، والصفةِ، والقَدْرِ فلا يَصِحُّ عقدُ

(١) ليس في (غ)، وفي (ج): «تستحق»، ورسمت في (ح، ر، س، ض) بغير نقط أوله، وفي (ع): «يصح».

(٢) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٣٩)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ١٩٣)، و«المحيط البرهاني» (٧/ ٤٤٥).

(٣) ينظر: «بحر المذهب» (٧/ ١٧٥).



الإجارةِ به كالدراهمِ المجهولةِ.

الجوابُ: أن الحاجةَ تدعو إلى أن يكونَ تدبيرُ طعامِ الظِّئْرِ إلى أهلِ الصبيِّ؛ لأن صلاحَ الصبيِّ إنما يكونُ بصلاحِ لبنِها، وصلاحُ لبنِها إنما يكونُ بصلاحِ طعامِها؛ وذلك يَختَلِفُ بطبْعِ الصبيِّ وباختلافِ الأوقاتِ، فجُوِّز مع الجهالةِ ليُدَبِّرُوه في كلِّ وقتٍ بحسَبِ صلاحِها وصلاحِ اللَّبَنِ، فلمَّا دعتِ الحاجةُ إليه سُومِح في الجهالةِ لهذا العُذْرِ، ولا يُوجَدُ ذلك في الدراهمِ، إذا كانت أُجرةً؛ لأنه لا يُضْطَرُّ إلى جهالتِها.

(1)**قال**: ويَجوزُ بطعامِها وكِسوتِها.

وقد بيَّنَّاه(1).

قال: وليس للمستأْجِرِ أن يَمْنَعَ زوجَها مِن وَطْئِها.

وذلك لأن الوطءَ حقٌّ للزوجِ[2] فلا يَستَحِقُّ بالإجارةِ مَنْعَ حقِّه كسائرِ حقوقِه.

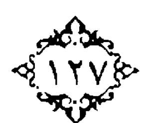
قال: فإن حَبِلَتْ كان[3] لهم أن يَفْسَخُوا الإجارةَ إذا خافوا على الصبيِّ مِن لبنِها.

وذلك لأن لبنَ الحاملِ يَضُرُّ بالصبيِّ فهو عُذْرٌ، والإجارةُ تُفْسَخُ بالأعذارِ.

(١-١) ليس في (ح، ض).

(٢) قال في حاشية (ح): «وللزوج في نكاح ظاهر فسخها إن لم يأذن بها، فإن أقرت بنكاحه لا، أي: إن كان النكاح ظاهرًا بين الناس أو يكون عليه شهود، فللزوج فسخ الإجارة صيانة لحقه، أما إن علم بإقرارها لا. شرح وقاية».

(٣) في (س): «جاز».



قال: وعليها أن تُصْلِحَ طعامَ الصبيِّ.

وجملةُ ذلك أن الواجبَ عليها هو الرَّضاعُ والقيامُ بأَمْرِ الصبيِّ فيما يُصْلِحُه مِن رَضاعِه وغَسلِ ثيابِه، والمَرْجِعُ في ذلك إلى العادةِ في كلِّ بلدٍ، فيَقَعُ العقدُ على المعتادِ المتعارَفِ فيه.

قال: فإنْ أَرْضَعَتْ في المُدَّةِ بلَبَنِ شاةٍ فلا أُجرةَ لها.

وذلك لأن العقدَ وقَع على منفعةٍ بصفةٍ، فإذا عُدِمتِ الصفةُ صارتْ منافِعُها مُستوفاةً بغيرِ عقدٍ ولا شُبهةٍ[1] فلا تَستَحِقُّ الأُجرةَ[2].

قال: وكلُّ صانِعٍ لعملِه أثَرٌ في العينِ كالقَصَّارِ والصبَّاغِ فله أن يَحْبِسَ العينَ بَعْدَ الفراغِ مِن عملِه حتى يَستَوْفِيَ الأجرةَ، ومَن ليس لعملِه أَثَرٌ، فليس له أن يَحْبِسَ العينَ كالحمَّالِ والملَّاحِ.

وذلك لأن البدَلَ يُستَحَقُّ في مقابلةِ ذلك الأَثَرِ، فكان له حَبْسُه حتى يَستَوفِيَ بدَلَه كما للبائعِ حَبْسُ المبيعِ، فأمَّا ما لا أَثَرَ له فالعَمَلُ المعقودُ[3] عليه[4] ليس بموجودٍ في العينِ، فلا يَجوزُ له حَبْسُها كما لا يَجوزُ حبسُ الوديعةِ لدَينٍ على صاحبِها.

قال: وإذا اشترط على الصانِعِ أن يعملَ بنفْسِه، فليس له أن يَستَعْمِلَ غيرَه.

وذلك لأن العملَ يختَلِفُ، فإذا شرَط منفعةً لَزِمَتْهُ على الوجهِ المشروطِ.

---

(١) أي: شبهة العقد، وشبهة العقد ما وجد فيه العقد صورة لا حقيقة. ينظر: «رد المحتار» (٤/ ٢٣).

(٢) في (ض، ع): «الأجر».

(٣) في (س): «المقصود».

(٤) من (ج، غ، ل).



قال: فإن أطلَق له العملَ فله أن يَستأْجِرَ مَن يَعْمَلُه.

لأن العـادةَ أن الصُّنَّـاعَ يعمَلُون بأنفُسِـهم وبأُجرائِهم، فإذا أَطْلَق العقدَ، فقد رَضِي بوجودِ العملِ على كلِّ حالٍ، فكان للصانعِ أن يستعمِلَ فيه غيرَه.

قال: وإذا اختلَف الخيَّاطُ وصاحبُ الثوبِ، فقال صاحبُ الثوبِ: أَمَرْتُكَ أن تَعْمَلَه قَباءً. وقال الخيَّاطُ: قَمِيصًا. أو قال صاحبُ الثوبِ للصبَّاغِ: أَمَرْتُكَ أن تَصْبَغَه أَحْمَرَ فصبَغْتَه أَصْفَرَ. فالقولُ قولُ صاحبِ الثوبِ مع يَمِينِه.

وقال ابنُ أبي ليلى: القولُ قولُ الخياطِ. وقال أصحابُ الشافعيِّ: (1)القولُ قولُ كلِّ واحدٍ منهما، وهو قولُ الشافعيِّ(1).

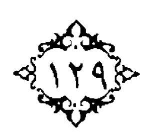
دليلُنا: أن الإذنَ مستفادٌ مِن جهةِ صاحبِ الثوبِ فكان القولُ قولَه في صفتِه؛ ألا تَرى أنه لو جحَد الإذنَ كان القولُ قولَه، فكذلك إذا قال: لم آذَنْ في القميصِ.

فإن قيل: اتَّفقا على الإذنِ واختلَفا في التعَدِّي ووجوبِ الضمانِ، والأصلُ أنه غيرُ متعَدٍّ وأنه لا ضمانَ عليه، فكان القولُ قولَه، كما لو ادَّعى عليه القطعَ فأَنْكَره الخياطُ.

قيل له: يَبْطُلُ به إذا قال: أَوْدَعْتُكَ. فقال وهبْتَ لي. فالدافِع يدَّعِي التعدِّيَ

(1-1) كذا في (ج، غ، ل).

والمقصود بهذا حكاية خلاف أصحاب الشافعي على إمامهم والاضطراب؛ لأن منهم من جعل قول أبي حنيفة قوله، ومنهم من جعل قول ابن أبي ليلى قوله، ومنهم من قال غير ذلك. ينظر: «مختصر المزني» (8/ 227)، و«الحاوي» (7/ 436)، و«المهذب» (2/ 269)، و«بحر المذهب» (7/ 201).



مع اتفاقِهما على الإذْنِ، والقولُ قولُه.

قال: فإن حلَف فالخياطُ ضامِنٌ.

وذلك لأنه إذا حلَف سقَطتِ[1] الدَّعْوى للإذْنِ[2] في القميصِ، وبَقِي تصرُّفُ الصانعِ[3] مِن غيرِ إذْنٍ فيَلْزَمُه الضمانُ.

قال: وإذا قال صاحبُ الثوبِ: عَمِلْتَه لي[4] بغيرِ أجْرٍ[5]، وقال الصانعُ[6]: بأجْرٍ[7]. فالقولُ قولُ صاحبِ الثوبِ عندَ أبي حنيفةَ مع يمينِه. وقال أبو يوسفَ: إن كان حَرِيفًا[8] فله الأُجْرةُ، وإن لم يكن حَرِيفًا فلا أُجْرةَ له، وقال محمدٌ: إن كان الصانعُ[9] مُبْتَدِئًا[10] لهذه الصنعةِ بالأجْرِ فالقولُ قولُه أنه عَمِله بأَجْرٍ.

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن المنافعَ لا تتقوَّمُ إلا بعقدٍ أو شُبهةِ عقْدٍ، ولا يُعْلَمُ ذلك، والصانعُ يدَّعِي معنًى حادثًا وهو العقدُ فيَلْزَمُه البينةُ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنه إذا كان حَرِيفًا وجَرَتِ العادةُ أن يَعْمَلَ له بأُجْرةٍ

---

(١) في (غ): «أسقطت». (٢) في (أ٢، ل، ي): «الإذن».

(٣) في (ع): «الصابغ».

(٤) ليس في (أ٢، ح، ع، غ، ي).

(٥) في (أ٢، س، ض، ي): «أجرة».

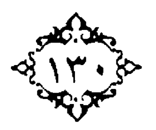
(٦) رسمت في (ر، س) بغير نقط، وفي (ض): «الصباغ»، وفي (ع): «الصابغ».

(٧) في (س، ل): «بأجرة».

(٨) حريف الرجل: معامله. ينظر: «المغرب» (ص ١١٢).

(٩) في (س): «صانعًا».

(١٠) في (أ٢، ج، ض): «منتدبًا»، وأشار في حاشية (ح) أنه في نسخة: «معروفًا».



فالمعتادُ كالمنطوقِ به، وكأنه قال: اعْمَلْه بأُجْرةٍ[1].

والجوابُ: أن مَن يَعْمَلُ بأَجْرٍ[2] قد يَعْمَلُ بغيرِ أجرٍ في بعضِ الأوقاتِ، فانْقَسَمَتِ العادةُ في ذلك فوجَب الرجوعُ إلى النطْقِ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أنه إذا ابتدأ العملَ بالأَجْرِ فالظاهرُ أنه إنما عَمِل بأُجْرةٍ، فإذا ادَّعى ذلك فقد ادَّعى ما يَعْضُدُه عليه الظاهرُ، فيُقبَلُ قولُه مع يمينِه.

والجوابُ: أن الظاهرَ يدْفَعُ به الإنسانُ الاستحقاقَ عن نفْسِه، فأمَّا أن يَستَحِقَّ به حقًّا على الغيرِ فلا.

وأما قولُه: مع يمينه. فلأن مَن جعَل القولَ قولَه فيما هو خَصمٌ فيه والشيءُ مِمَّا يَصِحُّ بدَلُه، فالقولُ قولُه مع يمينِه، كالمودَع إذا ادَّعى هلاكَ الوديعةِ، وإذا حلَف ربُّ الثوبِ لَزِمه ما زاد الصبْغُ في ثوبِه؛ لأن صاحبَ الصِّبْغِ لم يَرْضَ أن يستَحِقَّ عليه صِبْغُه بغيرِ شيءٍ، فلَزِمه ذلك.

قال: والواجبُ في الإجارةِ الفاسدةِ أَجْرُ المثْلِ لا يُتجاوَزُ به المُسمَّى.

وقال زفرُ: يَجِبُ أَجْرُ المثْلِ بالِغًا ما بلَغ[3]، وبه قال الشافعيُّ[4].

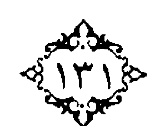
وجْهُ قولِهم: أن المنافعَ لا قيمةَ لها إلا بعقدٍ أو شبهةِ عقدٍ، وقد قوَّماها بمقدارِ

---

(١) في (أ٢، ج، س، غ، ل، ي): «بأجر». (٢) في (ر، ي): «بأجرة».

(٣) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٣٧)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٢١٨)، و«العناية» (٩/ ٩١)، و«البناية» (١٠/ ٢٧٠).

(٤) ينظر: «الأم» (٤/ ٢١٦)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٢٣)، و«الحاوي» (٧/ ٣٦٩)، و«المهذب» (٢/ ٢٥٩)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٢٧)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٢٤٧).



التسميةِ، فما زاد على ذلك يسقُطُ؛ لأنه[1] قيمةٌ[2] مِن غيرِ عقدٍ ولا شُبهةٍ[3]، وعلى قولِ الشافعيِّ أنه عقدٌ على منفعةٍ ببدَلٍ، فجاز أن يَثْبُتَ للتسميةِ[4] فيه حُكْمٌ، أصلُه العقدُ الصحيحُ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن ما وَجب بدَلُه بالعقدِ الصحيحِ والفاسدِ يَجِبُ قيمتُه بكمالِها في الفاسِدِ، أصلُه الأعيانُ. الجوابُ: أن الأعيانَ مُتقَوِّمةٌ[5] بأنفُسِها فإذا سقط البدَلُ المسمَّى صار كأنها أُتْلِفَتْ بغيرِ عقدٍ، فيَلْزَمُه جميعُ قيمتِها، والمنافِعُ غيرُ متقوِّمة[6] بأنفُسِها عندَنا بكلِّ حالٍ، وعندَهم في الزانيةِ المطاوِعةِ، وإذا لم تتقوَّمْ بنفْسِها وجَب الرجوعُ إلى ما قوَّمها العقدُ به ويسقُطُ ما زاد عليه.

قال: وإذا قبَض المستأجِرُ الدارَ فعليه الأَجْرُ[7] وإن لم يَسْكُنْها.

وذلك لأن الواجبَ على المؤجِّرِ تسليمُ العينِ في طُول المدَّةِ تسليمًا يُمْكِنُ معه الانتفاعُ، وقد وُجِد ذلك ومتى وُجِد التسليمُ المستَحَقُّ بالعقدِ استقرَّ البدَلُ، وإن لم يَنْتَفِعْ صاحبُه به، أصلُه إذا قبَض المبيعَ ولم ينتفِعْ به.

قال أصحابُنا: إذا استأْجَر دابَّةً إلى الكوفةِ فسلَّمها المؤجِّرُ وأَمْسَكها المستأْجِرُ

(١) بعده في (ح، ل): «لا».

(٢) في (س): «استوفاه»، وبعده في (ح): «لها».

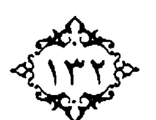
(٣) في (أ٢، ض، ع): «شبهته».

(٤) في (أ٢،ح، ح٢، ر، س، ض، ي): «التسمية».

(٥) في (ح٢، س، غ، ل، ي): «مقومة».

(٦) في (ح٢، س، ض، ع، ي): «مقومة».

(٧) في (ح، ر، ض، ي): «الأجرة».



ببغدادَ حتى مضَتْ مدَّةٌ يُمْكِنُه المسيرُ فيها إلى الكوفةِ (١ فلا أَجْرَ عليه، وإن ساقَها معه إلى الكوفةِ ١)، ولم يَرْكَبْها وجبتِ الأُجرةُ(٢).

وقال الشافعيُّ: تَجِبُ الأجرةُ في الوجْهَين(٣).

دليلُنا: أن العقدَ وقَع على مسافةٍ فالتسليمُ في غيرِها لا يَسْتَحِقُّ به البدلَ، كما أن العقدَ لو وقَع على مدَّةٍ فسلَّم في غيرِها لم يستَحِقَّ البدَلَ.

فإن قيل: إن المستأجِرَ قبَض العينَ المستأْجَرَةَ، وتَمكَّن مِن استيفاءِ المنفعةِ المعقودِ عليها، فوجَب أن يستَقِرَّ الأجرُ عليه، أصلُه إذا استأْجَرها شهرًا للركوبِ.

قيل له: التمكُّنُ مِن الاستيفاءِ في غيرِ محلِّ المعقودِ عليه كالتمكُّنِ مِن الاستيفاءِ في غيرِ المدَّةِ، فلا يستَقِرُّ به البدَلُ، والمعنى في الأصلِ أنَّ العقدَ وقَع على المدَّة، وفي مسألتِنا وقَع على العملِ، وفُرِّقَ(٤) بينَهما، كما لو استأْجَر رجلًا لخياطةِ ثوبٍ، أو استأْجَره يومًا للخياطةِ.

قال: فإن غصَبها غاصِبٌ مِن يدِه سقَطتِ الأُجرةُ.

وذلك لأن المنافعَ معدومةٌ والتسليمُ لا يَصِحُّ فيها(٥)، وإنما يَصِيرُ مُسلِّمًا لها حالًا فحالًا(٦)، فإذا حدَث مانِعٌ فقد تعذَّر تسليمُ المنفعةِ قبْلَ القبضِ فسقَط بدَلُها.

(١-١) ما بين القوسين من (أ٢، ج، ح، ض، ع)، وهو الموافق لما في مصادر التخريج.

(٢) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٧١٦)، و«البناية» (١٠/ ٢٣٥)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ١٠٧).

(٣) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٢٣٩)، و«نهاية المطلب» (٨/ ١٠٩)، و«بحر المذهب» (٧/ ٢٠٤)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٢٤٧).

(٤) في (ع): «ففرق».

(٥) في (ح، ع): «منها».

(٦) في (ر): «فحالاً»، وفي (ع): «لحال»، وفي (ي): «بحال».



قال: وإن (١)حدَث بها عيبٌ(١) يَضُرُّ بالسُّكْنى فله الفسْخُ.

وذلك لأن كلَّ جزءٍ مِن المنفعةِ معقودٌ عليه، فحُدُوثُ العيبِ به قبْلَ القبْضِ يُوجِبُ الخيارَ كالمبيعِ، وإذا كان للمستأْجِرِ الخيارُ فإن استَوْفى المنفعةَ فقد رَضِي بالمعقودِ عليه مع العيبِ، فيَلْزَمُه جميعُ البدَلِ كالمشتَرِي إذا رَضِي بالمبيعِ المعِيبِ، فإن فعَل المؤجِّرُ ما أزالَ العيبَ الحادِثَ، فلا خيارَ للمستأْجِرِ؛ لزوالِ السببِ الموجِبِ للخيارِ.

قال: فإذا خَرِبتِ الدارُ، وانْقطَع شُرْبُ الضَّيْعَةِ[٢]، وانْقطَع الماءُ عن الرَّحى[٣]، انْفَسَخَتِ الإجارةُ.

وذلك لأن المنفعةَ المعقودَ عليها قد عُدِمت، وتَلَفُ المعقودِ عليه يُوجِبُ فسخَ العقدِ كتَلَفِ المبيعِ قبْلَ القبْضِ، وكموتِ العبدِ المستأْجَرِ.

ومِن أصحابِنا مَن قال: إن ذلك لا يُوجِب فسْخَ العقدِ، والصحيحُ هو الأولُ[٤].

وقد قالوا: لو أجَّره رحًى فانْقَطَع الماءُ، فإن كان البيتُ ينتفِعُ به لغيرِ الطحْنِ فعليه مِن الأَجْرِ بحصتِه؛ لأنه قد بَقِي جزءٌ مِن المعقودِ عليه له حصةٌ بالعقدِ، فإذا استَوْفاه لَزِمه حصتُه.

(١-١) في (ع): «وجد بها عيبًا».

(٢) الضيعة: العقار، وقيل: النخل، والكرم، والأرض. ينظر: «مختار الصحاح» (ص ١٨٦)، و«المصباح المنير» (٢/ ٣٦٦).

(٣) الرحى: الطاحون، والجمع أرْحٍ وأرْحاءٍ، كسبب وأسباب. ينظر: «مختار الصحاح» (ص ١٢٠)، و«المصباح المنير» (١/ ٢٢٣).

(٤) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٤٧)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ١٩٦)، و«العناية» (٩/ ١٤٤).

قال: وإذا مات أحدُ المتعاقِدَيْنِ، وقد عقَد الإجارةَ لنفسِه انْفَسَخَتِ الإجارةُ، وإن كان عقَدها لغيرِه لم تَنْفَسِخْ.

وقال الشافعيُّ: الإجارةُ لا تَبْطُلُ بموتِ أحدِ المتعاقِدَيْنِ[1].

دليلُنا: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا ماتَ المَرْءُ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلَّا مِنْ[2] ثَلاثٍ»[3]. وظاهِرُه يقتَضِي أن لا يَبْقَى شيءٌ مِن عقودِه؛ ولأنه عقْدٌ يُقْصَدُ به المنفعةُ حالَ الحياةِ، فلا يَبْقَى بعْدَ موتِ مَن عُقِد له كالنكاحِ.

فإن قيل: عقَد على منفعةٍ عقْدًا ليس له فسَخُه مِن غيرِ عذْرٍ فوجَب أن لا ينْفَسِخَ بموتِه، أصلُه الناظِرُ في الوقفِ إذا أجَّره، ثُمَّ مات.

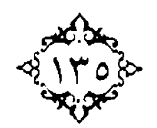
قيل له: العقدُ لم يقَع هاهنا للعاقِدِ؛ وإنما وقَع لغيرِه فلا يَبطُلُ بموتِ مَن لم يَقَعْ له، وفي مسألتِنا وقَع العقدُ للعاقِدِ، والعقدُ على المنفعةِ يَبْطُلُ بموتِ مَن عُقِد له كالعاريَّةِ، وأما إذا عقَد لغيرِه فإن العقْدَ لا يَبْطُلُ بموتِه؛ لأن العقدَ إنما بطَل بموتِ العاقِدِ؛ لأنه إن كان المؤجِّرُ قد مات فالعقدُ اقتَضَى استيفاءَ المنافِعِ مِن ملْكِه، فلو بَقَّيْنَا الإجارةَ بعْدَ موتِه استُوفِيتْ مِن مِلْكِ غيرِه، وهو خلافُ مقتَضَى العقدِ فلم يَصِحَّ، وإن كان المستأْجِرُ قد مات فالعقدُ اقتضَى استحقاقَ الأُجرةِ مِن مالِه، فلو بَقِيتْ بعْدَ موتِه استُحِقَّتِ الأُجرةُ مِن مالِ غيرِه، وذلك

---

(١) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٥)، و«الحاوي» (٧/ ٤٠٠)، و«نهاية المطلب» (٨/ ٨٩)، و«بحر المذهب» (٧/ ١٤٧).

(٢) في (ج، ح٢، غ، ل): «في».

(٣) تقدَّم تخريجه.



خلافُ مقتَضَى العقدِ، فلم يَبْقَ إلا أن يَبْطُلَ العقدُ، وهذا المعنى لا يُوجَدُ في العاقِدِ لغيرِه، فلم يؤثِّرْ موتُه.

قال: ويَصِحُّ شرْطُ الخيارِ في الإجارةِ.

وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ[1].

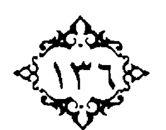
دليلُنا: أنه عقدُ معاملةٍ لا يُستَحَقُّ فيه القبضُ حالَ المجلِسِ فجاز شرْطُ الخيارِ فيه كالبيعِ؛ ولأنها مدَّةٌ مُلْحَقةٌ بالعقدِ فيَصِحُّ في الإجارةِ كالأَجَلِ.

فإن قيل: شرطُ الخيارِ في الإجارةِ لا فائدةَ فيه؛ لأنه إن شُرِط لِلْمستأجِرِ فإنه عندَ الفسخِ لا يُمْكِنُه تسليمُ المنفعةِ المعقودِ عليها بكمالِها، وهذا[2] المعْنى يَمْنَعُ الردَّ بالخيارِ كما لو تَلِف بعضُ المبيعِ في مدَّةِ الخيارِ، وإن شُرِط للمؤجِّرِ لم يُمْكِنْه تسليمُ المعقودِ عليه بكمالِه، فصار كما لو باع بشرْطِ الخيارِ، فتَلِف بعضُ المبيعِ في المدَّةِ.

قيل له: الإجارةُ في هذا مخالفةٌ للبيعِ؛ لأن البائعَ لو أراد تسليمَ بعضِ المبيعِ إلى المشتَرِي لم يَجُزْ، ولو أراد المشتَرِي ردَّ البعضِ لم يَكُن له ذلك، فكذلك إذا كان فيه خيارُ الشرْطِ، وأما في الإجارةِ، فلو أراد المؤجِّرُ تسليمَ بعض المنافعِ مِن غيرِ خيارٍ جاز؛ مثْلُ أن يؤجِّرَ دارَه شهرًا فيَمْنَعَه منها بعضَ المدَّةِ ثُمَّ يُسلِّمَها، فكذلك إذا كان في الإجارةِ خيارٌ، وكذلك يَجوزُ للمستأْجِرِ ردُّ بعضِ المنفعةِ

(١) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٣٩٤)، و«المهذب» (٢/ ٢٥٣)، و«نهاية المطلب» (٥/ ٣٥)، وقد تقدَّمت هذه المسألة عند قول المصنف: «والإجارةُ تُفْسِدُها الشروطُ كما تُفْسِدُ البيعَ».

(٢) في (ي): «لهذا».



إذا سكَن الدارَ، ثُمَّ أراد ردَّها بخيارِ العيبِ، وكذلك بخيارِ الشرْطِ.

وإنما افْتَرَقا مِن هذا الوجْهِ؛ لأن المبيعَ يُمْكِنُ تسليمُه إلى المشتَرِي جملةً، ويُمكِنُ المشتَرِي ردُّه على البائعِ جملةً، فإذا أراد البائعُ تسليمَ بعضِ المبيعِ، أو أراد المشتَرِي ردَّ بعضِه دُونَ بعضٍ لم يكن له ذلك، وأما المنافِعُ فلا يُمْكِنُ قبْضُها جملةً واحدةً، فجاز تسليمُ بعضِها دُونَ بعضٍ، وردُّ بعضِها دُونَ بعضٍ.

قال: وتُفسَخُ الإجارةُ بالأعذارِ؛ كمَن استأْجَرَ دُكَّانًا في السوقِ لِيَتَّجِرَ فيه فذهَب مالُه، وكمَن أَجَّر دُكَّانًا أو دارًا، ثُمَّ أَفْلَس فلَزِمَتْه دُيونٌ لا يَقْدِرُ على قضائِها إلَّا مِن ثمنِ ما أَجَّر فسَخَ القاضِي العقدَ وباعَها في الدَّيْنِ.

وقال الشافعيُّ: لا تُفسَخُ الإجارةُ إلا بعيبٍ[1].

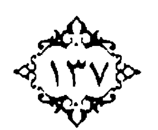
دليلُنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا ضَرَرَ وَلَا إِضْرارَ[2]، مَنْ ضَارَّ ضَارَّهُ اللَّهُ، وَمَنْ شَاقَّ شَاقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ»[3]، فلو بقَّيْنا الإجارةَ مع الفَلَسِ ولُزُومِ[4] الدَّيْنِ للمؤجِّرِ كان إضرارًا به وذلك لا يَجوزُ؛ ولأنه لا يُمْكِنُه استيفاءُ المنفعةِ إلا بضَرَرٍ لم يَلْزَمْه بالعقدِ فلا يَلْزَمُه الوفاءُ به، أصلُه إذا استأْجَرَه لقَلْعِ ضِرْسِه فسكَن الوَجَعُ.

(١) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٣٩٢)، و«المهذب» (٢/ ٢٥٣)، و«بحر المذهب» (٧/ ١٤٢).

(٢) في (ح، غ، ل): «ضرار»، وهو الموافق لما في مصادر التخريج.

(٣) أخرجه الدارقطني (٣٠٧٩)، والحاكم (٢/ ٥٧)، والبيهقي (٦/ ٦٩) من طريق عثمان بن محمد، عن عبد العزيز بن محمد الدراوردي، عن عمرو بن يحيى المازني، عن أبيه، عن أبي سعيد الخدري. قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسلم ولم يخرجاه». وقال البيهقي: «تفرد به عثمان بن محمد عن الدراوردي، ورواه مالك بن أنس، عن عمرو بن يحيى، عن أبيه، مرسلًا». ينظر: «إرشاد الفقيه» (٢/ ٥٥).

(٤) في (أ٢، ح٢، ض، ع، ي): «لزم».



فإن قيل: إذا سكَن الوجَعُ انْفَسَخ العقدُ؛ لأنه تعذَّر استيفاءُ العملِ بالشرعِ فهو كما لو تعذَّر بالهلاكِ.

قيل له: نحن علَّلْنا لإسقاطِ لزومِ الوفاءِ به؛ وذلك مُسلَّمٌ.

فإن قيل: كلُّ عقدٍ يُفْسَخُ بالعذْرِ فإنه يُفْسَخُ مِن غيرِ عُذْرٍ؛ كالشركةِ، والوكالةِ، والمضاربةِ، وما لا يُفْسَخُ بغيرِ عذْرٍ لا يُفْسَخُ بالعذْرِ كالبيعِ والصلْحِ.

قيل له: العقودُ إذا تناوَلتِ المنافعَ ضَعُفَ لزومُها عن عقودِ الأعيانِ، بدلالةِ النكاحِ، وكذلك الإجارةُ تضْعُفُ في بابِ اللُّزُومِ عن البيعِ فيَجوزُ رفْعُها[1] مِن غيرِ عيبٍ كما يَجوزُ في النكاحِ؛ ولأن البيعَ لا يستحق فيه بالعذْرِ[2] ما لم يُعْقَدْ عليه فلم يُنْقَضْ بالعذْرِ فيما عُقِد عليه، وفي الإجارةِ يُستَحَقُّ فيها بالعذْرِ ما لم يُعْقَدْ عليه إذا انْقَضَتِ المدَّةُ، وفي الأرضِ زرعٌ لم يُستَحْصَدْ كذلك يَجوزُ أن يُنْقَضَ بالعُذْرِ فيما عُقِد عليه.

وإذا ثبت أنها تُفْسَخُ بالأعذارِ وجَب بيانُ الأعذارِ التي يُفْسَخُ لأَجْلِها أو بعضِها[3].

---

(١) في (س، ع، ل، ي): «دفعها».

(٢) في (أ٢، ي): «العقد»، وفي (ح٢، ر، غ، ل، ي): «بالعقد».

(٣) قال في حاشية (ح): «الإجارة كما تفسخ بالعذر تبقى بالعذر كما لو استأجر دابة شهرًا، فمضت المدة في المفازة أو استأجر سفينة، فمضت المدة في وسط البحر، فإنه ينعقد عليها إجارة أخرى بأجر المثل، ذكره في «شرح الكنز» في السير، ولو استأجر دابة إلى مكة فمات المؤاجر في بعض المفازة، فله أن يركبها أو يحمل عليها إلى مكة أو إلى أقرب الأماكن من المصر؛ لأن الحكم ببطلان الإجارة هاهنا يؤدي إلى الضرر بالمستأجر، لما فيه من تعريض ماله ونفسه للتلف، فجعل ذلك عذرًا في بقاء الإجارة، وهذا معنى قولهم: إن الإجارة كما =



فمنها: ما ذكَره صاحبُ الكتابِ.

ومنها: أن يُريدَ المستأجِرُ أن ينتَقِلَ عن البلَدِ، أو يَكتَرِيَ دُكَّانًا لعمل ما وتجارةٍ ما فينتَقِلَ إلى غيرِ ذلك العملِ وغيرِ تلك التجارةِ، فيكون له الفسخُ، فإن أراد أن ينتَقِلَ إلى غيرِ ذلك الدُّكَّانِ لِيَعْمَلَ فيه ذلك العملَ؛ لأنه أرخصُ في الأجْرِ فليس ذلك بعذرٍ، وإن وجَد المؤجِّرُ زيادةً على تلك الأُجْرةِ فليس بعذرٍ[1].

ولو كان لا ينتَفِعُ بما استأْجَر إلا باستهلاكِ مالِه أو إدخالِ ضررٍ في مالِه أو بدَنِه فله الفسخُ؛ مثلُ أن يستأجِرَ قَصَّارًا لِيُقَصِّرَ له ثيابًا، أو خَيَّاطًا لِيَقْطَعَها أو يَخيطَها، أو لِيَنْقُضَ دارًا له، أو[2] [3]لِيَقْطَعَ شجرًا[3]، أو لِيَبْنِيَ في مِلْكِه بناءً، أو لِيَحْفِرَ بئرًا، أو لِيَحْتَجِمَ، أو لِيَفْتَصِدَ، أو لِيقْلَعَ ضِرْسَه، أو لِيَزْرَعَ أرضًا له، ثُمَّ بدا له في كلِّ ذلك فهو عذْرٌ، وله أن يَفْسَخَ الإجارةَ.

وكذلك إن استأْجَرَ دابَّةً لِيُسافِرَ[4]، ثُمَّ بدا له أن يُسافِرَ، وكذلك مَن استأجَرَ دارًا في المِصْرِ، أو خادِمًا يَخْدِمُه في المصرِ، ثُمَّ أراد السفَرَ فله الفَسْخُ، فإن أراد المؤجِّرُ السفَرَ عن البلدِ أو الانتقالَ عنه، وقد أجَّر عقارًا، فليس بعُذْرٍ وليس له الفسخُ.

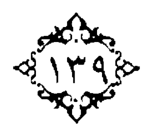
تنفسخ بالعذر تبقى بالعذر. بدائع». وينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٢٣).

(١) قال في حاشية (ح): «يفسخ إذا أفلس وقام من السوق أو يريد سفرًا وينتقل من الحرفة إلى الزراعة أو من الزراعة إلى التجارة أو ينتقل من حرفة إلى حرفة. بدائع». وينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٩٩).

(٢) في (ي): «و».

(٣-٣) في (أ٢، ح، ح٢، ض، ع): «القطع شجر»، وفي (ج، غ، ل): «لقلع شجر»، وفي (ي): «يقطع شجرة».

(٤) بعده في (ج، ر): «عليها»، وفي (غ): «بها».



وجملةُ ما يُعتبَرُ في هذه المسائلِ أن لا يُمكِنَ المستأجِرَ الانتفاعُ إلا بضررٍ لم يستَحِقَّ بالعقدِ أو يكونَ في تَبْقِيةِ الإجارةِ ضررٌ على المؤجِّرِ[1].

قال: ومَن استأجَرَ دابَّةً لِيُسافِرَ عليها، ثُم[2] بدا[3] للمُكارِي مِن السفَرِ، فليس ذلك بعُذْرٍ.

وذلك لأن خروجَ المكارِي ليس بمستَحَقٍّ فقُعُودُه لا يكونُ عُذْرًا، ولا يكونُ لصاحبِ البهائمِ والعقارِ الفسخُ إلا إذا لَحِقه دَينٌ لا يُمْكِنُه قضاؤُه إلا مِن ثمنِ مِلْكِه.

وإذا ثبَت له الفسخُ فإنه لا يكونُ إلَّا عندَ القاضِي؛ لأنها عقدُ معاوضةٍ محضةٍ، فإذا ثبَت فيها الفسخُ لم يكن إلا بمحضَرِ القاضِي كالإقالةِ في البيعِ.

قال: ولا يَجوزُ للمستأْجِرِ أن يُؤَجِّرَ ما استَأْجَره قبْلَ قبْضِه.

وقال أصحابُ الشافعيِّ: فيه وجهانِ[4].

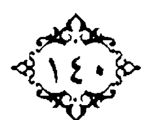
---

(١) قال في حاشية (ح): «وفي «الذخيرة»: إذا ظهر للمستأجر الشر كشرب الخمر، وأكل الربا، والزنى، واللواطة يؤمر بالمعروف، وليس للمؤجر ولا لجيرانه أن يخرجوه من الدار، وذلك لا يصير عذرًا في فسخ الإجارة، ولا خلاف فيه للأئمة الأربعة. وقال في الجواهر: إن رأى السلطان أن يخرجه فعل. وقال ابن حبيب المالكي: لو أظهر الفسق في دار ولم يمتنع بالأمر بالمعروف، ويقول داري: أنا آتي فيها ما شئت تباع عليه داره. كاكي».

(٢) أشار في حاشية (ح) أنه في نسخة: «ثم بدا له من السفر فهو عذر فله أن يفسخ الإجارة».

(٣) في (ج): «ثم بدا له من السفر فهو عذر، وإن».

(٤) فيها ثلاثة أوجه كما نص عليه الشيرازي، والأصح صحة إجارته للمؤجر، كما نص عليه النووي. =



لنا: أن كلَّ حالةٍ لا يَجوزُ العقدُ على المبيعِ المعيَّنِ لا يَجوزُ على المنفعةِ المستأْجَرةِ، أصلُه حالُ المجلسِ قبْلَ القبضِ.

فإن قيل: لا أثرَ لقبضِ العينِ المستأْجَرةِ؛ لأنه لا يَصِيرُ بقبْضِها قابِضًا للمنافِعِ، فوجودُ القبضِ وعدَمُه سواءٌ.

قيل له: إذا قبَض العينَ فالمنافِعُ تَحْدُثُ على ضمانِه، وإذا لم يَقْبِضْ حدثَتْ وليستْ في ضمانِه و(1)للضمانِ مدْخَلٌ(1) في جوازِ التصرُّفِ بدلالةِ المبيعِ إذا قُبِض.

وقد قال أصحابُنا: لا يَجوزُ للمستأْجِرِ أن يُؤجِّرَ العينَ المستأْجَرَةَ مِن المؤجِّرِ(2).

وقال أصحابُ الشافعيِّ: يَجوزُ(3).

لنا: أنه عقدٌ (4)يختَصُّ للمنفعةِ(4)، فلا يَجوزُ أن يَعْقِدَ لمالِكِ العينِ، أصلُه المضاربةُ والعاريَّةُ(5).

فإن قيل: كلُّ عقدٍ صحَّ مع الأجنبيِّ صحَّ مع العاقِدِ، أصلُه البيعُ.

ينظر: «الحاوي» (7/ 395)، و«المهذب» (2/ 258)، و«نهاية المطلب» (8/ 83)، و«روضة الطالبين» (5/ 256).

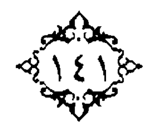
(1-1) في (ر): «الضمان مدخل»، وفي (ع): «الضمان يدخل».

(2) ينظر: «التجريد» (7/ 3611)، و«البحر الرائق» (7/ 304)، و«رد المحتار على الدر المختار» (6/ 91).

(3) تقدَّم ذكر ذلك قريبًا.

(4-4) في (أ2، ي): «يختص المبيعة»، وفي (ح): «مختص المنفعة»، وفي (غ): «يختص بالمنفعة».

(5) قال في حاشية (ح): «والمسألة مبسوطة في الفصل السابع من إجارة خلاصة الفتاوى. فينظر».



قيل له: البيعُ مِن البائعِ في حكمِ البيعِ مِن الأجنبيِّ؛ لأن مَن يَقَع له العقدُ غيرُ مالِكٍ للمعقودِ عليه، ولا لِما يُستَوْفَى منه، والإجارةُ يَعْقِدُها مع المالِكِ (١للعين التي١) يستوفي المنفعةَ منها، فلذلك لم يَصِحَّ العقدُ.

قال أصحابُنا: إذا باع الدار بعْدَما أجَّرها فالبيعُ موقوفٌ إن أجازه المستأْجِرُ جاز(٢).

وقال الشافعيُّ في أحدِ قَوْلَيْه: البيعُ جائزٌ، وللمشتَرِي الخيارُ إن كان لم يَعْلَمْ بالإجارةِ(٣).

دليلُنا: أنها محبوسةٌ لاستيفاءِ حقٍّ، فلا ينْفُذُ(٤) بيعُها بغيرِ رِضا مَن له الحقُّ، أصلُه الرهْنُ.

فإن قيل: الإجارةُ عقدٌ على منفعةٍ، فلا تُمنَعُ مِن العقدِ على الرقبةِ، كمَن زوَّج أمتَه، ثُمَّ باعها.

قيل له: الزوجُ لا يثبُتُ له حقُّ الحبْسِ في الأَمَةِ، فلا يَمْنَعُ ذلك مِن تسليمِها، والمستأْجِرُ يثبُتُ له الحبْسُ فمنَع حقَّه مِن التسلِيمِ، ومنْعُ التسليمِ يؤَثِّرُ في البيعِ كبيعِ العبدِ الآبِقِ.

قال أصحابُنا: إذا أجَّر دارَه شهرَ رمضانَ وهما في رجبٍ جاز(٥).

(١-١) في (ح، ض، ي): «المعين التي»، وفي (ع): «المعين الذي».

(٢) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٦٣٤).

(٣) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٤٠٣)، و«بحر المذهب» (١١/ ٣١٤).

(٤) في (ي): «ينعقد».

(٥) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٦٦٧)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٣).

وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ[1].

دليلُنا: أن كلَّ شهرٍ لو أجَّره مع ما يَلِيه جاز، فإذا أجَّره منفَرِدًا مِن أجنبيٍّ جاز، أصلُه الشهرُ الذي يَلِي العقدَ؛ ولأن كلَّ مدَّةٍ جاز عقدُ الإجارة عليها جاز إفرادُها بالعقدِ مع سائرِ الناسِ، أصلُه المدَّةُ التي تَلِي العقدَ.

فإن قيل: عقدُ معاوضةٍ على معيَّنٍ شُرِط فيها تأخيرُ تسليمِ المعقودِ عليه، فوجَب أن لا يَصِحَّ، أصلُه إذا باع على أن يُسلِّمَ في وقتٍ مستقبَلٍ.

قيل له: لم يشرُطْ[2] تأخيرَ التسليمِ، وإنما علَّق التسليمَ بحالِ الإمكانِ فهو كبيعِ عبدٍ غائبٍ عن حضرتِهما، وكتزويجِ الصغيرةِ التي لا يُمْكِنُ وَطْؤُها أن العقدَ يَصِحُّ، ويَقِفُ التسليمُ على حينِ[3] إمكانِه فيها؛ ولأن البيعَ لا يَجوزُ أن يقعَ على عينَيْنِ يُعَجِّلُ تسليمَ إحداهما ويشترِطُ تأخيرَ الأُخرى؛ كذلك لا يَجوزُ أن يقَعَ على عينٍ يشتَرِطُ تأخيرَ تسليمِها، ولما جاز أن تقَعَ الإجارةُ على مُدَّتَيْنِ بتأخيرِ[4] تسليمِ إحداهما جاز أن يَبتَدِئَ العقدَ عليها.

وقد قال أصحابُنا: إذا استأجَر دارًا شهرًا جازتِ الإجارةُ، وكان أولُ المدَّةِ عَقِيبَ العقدِ[5].

---

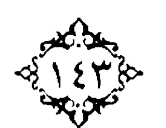
(١) ينظر: «التهذيب» للبغوي (٤/ ٤٣٢)، و«كفاية النبيه» (١١/ ٢٣٦)، و«روضة الطالبين» (٥/ ١٨٢).

(٢) في (ح، ر، س، غ، ل): «يشترط».

(٣) في (س): «حال».

(٤) ليس في (ي)، وفي (أ، ج): «يتأخر»، ورسمت في (ح، ر، ض، غ) هكذا: «تتاخر» بغير نقط، وفي (ع): «بتأخر».

(٥) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٦٦٥).



وقال الشافعيُّ: لا تَصِحُّ الإجارةُ إلا أن يُسمِّيَ مدَّةً تتَّصِلُ بالعقدِ[1].

لنا: أنها مدَّةٌ مشروطةٌ في عقدٍ، فوجَب أن يقتَضِي إطلاقُها كونَها مِن حينِ العقدِ كالأَجَلِ.

فإن قيل: الشهرُ يُذكَرُ في عقدِ الإجارةِ لتقديرِ المعقودِ عليه، لا على وجْهِ الأجلِ، وما ذُكِر لتقديرِ المعقودِ عليه لا يَصِيرُ المعقودُ عليه به معلومًا، كقولِه: أسلَمْتُ إليكَ في كرٍّ[2].

قيل له: هذا يَبْطُلُ بالمدَّةِ في الإيلاءِ، ولأنَّا لا نُعَيِّنُ المدَّةَ بما يَلِي العقدَ بالتقديرِ، لكن لأنا لو لم نَحْمِلْها على ذلك بطَل العقدُ، وهذا كما نقولُه جميعًا في الأَجَلِ أنه يختَصُّ بعَقِيبِ العقدِ لِيَصِحَّ العقدُ لا لتقديرِ المدَّةِ.

وقد قال أصحابُنا: إذا استأْجَر رجلًا لِيَبِيعَ له ثوبًا لم يَجُزْ[3].

وقال الشافعيُّ: يَجوزُ[4].

لنا: أن العقدَ تناوَل منفعةَ عينٍ لا يُمكِنُه إيفاؤُها بنفْسِه، فلا يَصِحُّ العقدُ، أصلُه إذا استأجَر فحْلًا للضِّرابِ، ولا يَلْزَمُ إذا استأْجَرَه على حمْلِ خشبةٍ لا يَقْدِرُ الواحدُ على حمْلِها؛ لأن العقدَ لم يَتناولْ منفعةَ المستأْجِرِ، ولو قال: على أن تَحْمِلَها أنتَ. بطَل العقدُ لمَّا وقَع على عملِه، وهناك وقَع على عملٍ مطلَقٍ.

---

(١) ينظر: «المهذب» (٢/ ٢٤٦).

(٢) الكرُّ: ستون قفيزًا، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف وهو ثلاث كيلجات، قال: وهو من هذا الحساب اثنا عشر وسقًا، وكل وسق ستون صاعًا. ينظر: «المغرب» (ص ٤٠٥).

(٣) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٦٩٣).

(٤) ينظر: «حلية العلماء» (٥/ ٤٢٧)، و«البيان» (٧/ ٢٩٤)، و«فتاوى ابن الصلاح» (٢/ ٦٢٥).

فإن قيل: يَجوزُ العقدُ عليها إذا كانت مُقدَّرةً بزمانٍ فجاز العقدُ عليها، إذا كانت معلومةً مقدُورًا على تسليمِها، أصلُه الخياطةُ.

قيل له: يَبْطُل إذا استأجَره لِيَصِيدَ له؛ ولأنه قد تَجوزُ الإجارةُ إذا تقدَّرتْ بزمانٍ، ولا يَجوزُ غيرَ مقدَّرةٍ؛ ألا تَرى أن منفعةَ الدارِ لو قدَّرها في الإجارةِ بشهْرٍ جاز، ولو لم يُقَدِّرْها لم يَجُزْ.

وقد قالوا: إذا أجَّر الأبُ ملْكَ ابنِه الصغيرِ، ثُمَّ بلَغ فلا خيارَ له[1]. وقال الشافعيُّ: له الخيارُ[2].

لنا: أنه عقدٌ لازمٌ فإذا عقَد على مالِ ولدِه لم يَبْطُلْ بعْدَ بلوغِه، أصلُه البيعُ.

فإن قيل: عقدُ إجارةٍ في حقِّ الصغيرِ، فوجَب أن يَزُولَ بزوالِ الولايةِ كما لو كانتِ الإجارةُ عليه في نفْسِه.

قيل له: إذا كانتِ الإجارةُ عليه لا تَزولُ بزوالِ الولايةِ؛ وإنما يثبُتُ له الخيارُ لإزالة الشينِ عن نفْسِه بتَبْقِيَةِ الإجارةِ، ولا شينَ عليه في إجارةِ مالِه فلا يكونُ له خيارٌ.

وقد قالوا: إذا أجَّر عبدَه، ثُمَّ أعتقَه أن للعبدِ الخيارَ[3]. وقال الشافعيُّ: لا خيارَ للعبدِ[4].

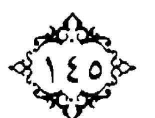
---

(١) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٦٧٥).

(٢) ينظر: «نهاية المطلب» (٨/ ٢٧٩) فقد ذكر هناك وجهين بلا ترجيح.

(٣) ينظر: «الأصل» (٣/ ٣٧) ط. قطر، و«التجريد» (٧/ ٣٦٧٢)، و«البناية» (١٠/ ٣٣٥).

(٤) ينظر: «نهاية المطلب» (٨/ ١١٨)، و«بحر المذهب» (٧/ ١٤٩)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٢٥١).



لنا: أنه عقدٌ يُقْصَدُ به المنفعةُ صحَّ مِن المولى عليه في حالٍ لا يَمْلِكُ التصرُّفَ في نفْسِه، فإذا ملَك التصرُّفَ ثبَت له الخيارُ في قطْعِه، أصلُه الأَمَةُ إذا زوَّجها المولى مِن عبدٍ، ثُمَّ أَعْتَقها.

فإن قيل: عقدٌ لازمٌ قبْلَ أن يَمْلِكَ التصرُّفَ، فإذا ملَك التصرُّفَ لم يثبُتْ له الخيارُ بملْكِ التصرُّفِ، كما لو زوَّج عبدَه، ثُمَّ أَعْتَقه، أو زوَّج ابنتَه، أو باع مالَها.

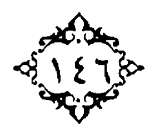
قيل له: ليس يثبُتُ الخيارُ بملْكِ التصرُّفِ؛ لأنه لو أَذِن له في التصرُّفِ مَلَكه ولا خيارَ له، والمعْنى فيما إذا زوَّجه، ثُمَّ أَعْتَقه أنه يَمْلِكُ رفْعَه بالطلاقِ، فلم يثْبُتْ له الخيارُ، وهاهنا قد عقَد على منافِعِه عقدًا لا يُمْكِنُه رَفْعُه إلا بالخيارِ فملَك رفْعَه بعْدَ الحرِّيةِ، وإذا ثبَت أن له الخيارَ فإذا اختار إمضاءَ الإجارةِ كانت الأُجرةُ له، كما لو ابتدأ العقدَ على نفْسِه إلا أن العقدَ كان وقَع بفِعْل المولى، وحقوقُ العقدِ عندَنا تتعلَّقُ بالعاقِدِ، فيَقْبِضُ المولى الأُجرةَ ويَدْفَعُها إليه، أو يُوكِّلُه بقَبْضِها، وما لم يَفْعَلْ ذلك لم يَلْزَمِ المستأْجِرَ دفْعُها إليه.

وعند الشافعيِّ: إذا جازتِ الإجارةُ رجَع العبدُ على المولى بأَجْرِ المثْلِ في القولِ القديمِ، وفي الجديدِ: لا يَرْجِعُ(١).

وقد قالوا: إذا استأجَر دارًا شهرًا مسمًّى فمضَى بعضُ المدَّةِ قبْلَ تسليمِها، ثُمَّ أراد أن يُسَلِّمَ الدارَ فيما بَقِي مِن المدَّةِ فله ذلك، ويُجْبَرُ المستأجِرُ عليه، وذلك لأن كلَّ جزءٍ مِن المنافِعِ كالمعقودِ عليه عقْدًا مُبْتَدأً، وما مُلِك بعقْدَيْنِ

---

(١) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٤٠٩)، و«نهاية المطلب» (٨/ ١١٨)، و«بحر المذهب» (٧/ ١٤٩)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٢٥١).



فتعذَّر التسليمُ في أحدِهما لا يؤثِّرُ في الآخَرِ[١].

وقد قالوا: إن تطيينَ سطحِ الدارِ، وإصلاحَ مَيازِيبِها وما وَهَى[٢] منها، وإصلاحَ بئرِ الماءِ، والبالُوعةِ، والمخْرَجِ على ربِّ الدارِ ولا يُجْبَرُ عليه؛ وذلك لأنه نفقةٌ على مِلْكِه، وإصلاحُ الملْكِ على مالِكه ولا يُجْبَرُ عليه؛ لأن المالكَ لا يُجْبَرُ على إصلاحِ مِلْكِه ويكونُ للمستأْجِرِ الخيارُ؛ لأنه عيبٌ بالمعقودِ عليه فإن أَصْلَح المستأجِرُ شيئًا مِن ذلك لم يحْتَسِبْ له بما أَنْفَق؛ لأنه أَنْفَق على مِلْكِ غيرِه بغيرِ أَمْرِه ولا أَمْرِ مَن له ولايةٌ عليه.

فإن كان امتلأ المخرَجُ مِن فِعْلِ المستأْجِرِ فالقياسُ أن يَلْزمه نقْلُه؛ لأنه حدَث بفِعْلِه، والاستِحْسانُ أن لا يَلْزَمَ المستأْجِرَ؛ لأن العادةَ أن كلَّ ما كان مُغَيَّبًا تحتَ الأرضِ فهو على المالِكِ فحُمِل ذلك على العادةِ[٣].

وإذا اختلَف المؤجِّرُ والمستأْجِرُ: فقال المستأْجِرُ: استأْجَرْتُ منك[٤] هذه الدارَ بخمسةٍ، وقال المؤجِّرُ: بعشَرةٍ، فإنهما يَتحالَفانِ وتُفْسَخُ الإجارةُ، ومَن نكَل عن اليمينِ منهما لَزِمه دعوى صاحبِه، ومَن أقام منهما بينةً فالبَيِّنةُ بيِّنَتُه، فإن أقاما البينةَ، فالبيِّنةُ بيِّنةُ المؤجِّرِ.

وإذا اختلَفا في المدَّةِ، أو المسافةِ، أو فيما وقَع عليه العقدُ فهو كذلك أيضًا

---

(١) ينظر: «المبسوط» (١٥/ ١٣٦)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ١٩٧)، و«العناية» (٩/ ١٤٦).

(٢) في (ر، ض، غ): «هو»، وفي (ي): «هي». ووهى: أي: ضعُف. ينظر: «المغرب» (ص ٤٩٩).

(٣) قال في حاشية (ح): «وما كان ظاهرًا على وجه الأرض كالكناسة والرماد، فعلى المستأجر. بدائع». وينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠٨).

(٤) في (ي): «مثل».

في التحالُفِ، والنُّكُولِ، وإقامةِ البينةِ، فإن أقاما البَيِّنةَ فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ المستأْجِرِ، والأصلُ في ثبوتِ التحالُفِ قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذَا اخْتَلَفَ الْمُتَبَايِعَانِ وَالسِّلْعَةُ قَائِمَةٌ بِعَيْنِهَا تَحَالَفَا»[1]، وهذا يقتَضِي أن مَن باع عينًا بمنفعةٍ واختلَفا تَحالَفا، ولأنَّ الاختلافَ وقَع في عقدِ معاوضةٍ يَلْحَقُه الفسخُ ليس فيه معْنى التبرُّعِ، فيثبُتُ فيه التحالفُ كالبيعِ.

ولو ادَّعى كلُّ واحدٍ منهما فضلًا؛ فقال المؤجِّرُ: أجرْتُكَ إلى القَصْرِ[2] بعشَرَةٍ، وقال المستأْجِرُ: إلى الكوفةِ بعشرةٍ، فهو أيضًا في التحالُفِ والنكولِ كما ذكَرْنا.

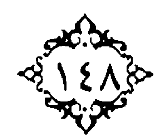
وكذلك إذا أقام أحدُهما البينةَ، فإن أقاما جميعًا البَيِّنةَ قُبِلتْ بَيِّنةُ كلِّ واحدٍ منهما على الفضْلِ الذي يَستَحِقُّه بعقدِ الإجارةِ؛ لأنهما اختلَفا في العِوَض والمعَوَّضِ، والخلافُ في كلِّ واحدٍ منهما يُوجِبُ التحالُفَ، فكذلك إذا وقَع الخلافُ فيهما، ولو اختلَفا فقال المؤجِّرُ: أجرْتُكَ الدابَّةَ إلى القَصْرِ بدِينارٍ. وقال المستأجِرُ: إلى الكوفةِ بعشَرةٍ. وأقاما بَيِّنةً فهي إلى الكوفةِ بدينارٍ وخمسةِ

---

(١) قال الطحاوي في «مشكل الآثار» (٦/ ١٦٢-١٦٥): «غير أنا وجدنا أهل العلم قد احتجوا بهذا الحديث، فوقفنا بذلك على صحته عندهم،... كما وقفنا على صحة قوله عندهم: «إذا اختلف المتبايعان في الثمن والسلعة قائمة، تحالفا وترادا البيع». وإن كان ذلك كله لا يقوم من جهة الإسناد، فغنوا بصحته عندهم عن طلب الإسناد له». ينظر: «نصب الراية» (٤/ ١٠٥-١٠٧)، و«البدر المنير» (٦/ ٥٩٣-٦٠٧)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٣١، ٣٢).

(٢) في (ج، غ، ل): «البصرة»، وفي باقي النسخ: «القصر»، والمثبت موافق لما في «بدائع الصنائع» (٤/ ٢١٨)، و«المحيط البرهاني» (٧/ ٥٤٢).

والقصر: واحد القصور، والمقصود به قصر ابن هبيرة وهو على ليلتين مِن الكوفة، وبغدادُ منه على ليلتين. ينظر: «المغرب» (ص٣٨٥).



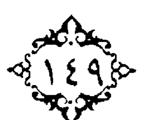
دراهمَ؛ لأنهما اختَلَفا في أُجْرةِ الدابَّةِ إلى القَصْرِ، وأقاما البيِّنةَ فالبَيِّنةُ بَيِّنةُ المؤجِّرِ، ثُمَّ ادَّعى المستأْجِرُ إجارةً إلى الكوفةِ بخمسةِ دراهمَ؛ لأن القَصْرَ نِصْفُ الطريقِ، وجحَد ذلك المؤجِّرُ، فتكونُ البَيِّنةُ المُثْبِتَةُ للإجارةِ أَوْلى، فلهذا قضَى بها إلى الكوفةِ بدينارٍ وخمسةِ دراهمَ.

وقد قالوا: في رجُلٍ سلَّم غَزْلًا إلى حائكٍ يَنْسِجُ له سَبْعًا في أربعٍ[1]، فنسَجه [2]ستًّا في أربعٍ[2] فصاحِبُ الثوبِ بالخيارِ؛ إن شاء سلَّم له الثوبَ وضَمَّنَه مثْلَ غَزْلِه، وإن شاء أخَذه وأَعْطاه بحسابِ ذلك مِن الأَجْرِ الذي سمَّاه؛ وذلك لأن غرَض صاحبِ الثوبِ لم يُسلَّمْ له؛ لأنه قد يُنتَفَعُ بالطويلِ ما لا يُنتفَعُ بالقصيرِ فكان له الخيارُ، فإن اختار الأَخْذَ أخَذه بحسابِه مِن الأَجْرِ كمَن استأجَر رجلًا يَضْرِبُ له لَبِنًا معدُودًا، فضَرَب بعضَه وفات وقتُ الضرْبِ استَحَقَّ مِن الأُجْرةِ بحسابِ ما عَمِل، كذلك هاهنا، فإن نسَجه على ما قال مِن الأَذْرُعِ إلا أنه أفسَد الصفةَ فجاء به رَقِيقًا، وقد أَمَره بالصَّفِيقِ، أو جاء به صَفِيقًا وقد أَمَره بالرقيقِ فصاحبُ الثوبِ بالخيارِ؛ إن شاء ضمَّنه مثْلَ غَزْلِه، وإن شاء أخَذ الثوبَ وأَعْطاه أَجْرَ مثْلِه لا يُجاوَز به ما سمَّى؛ لأنه أتى بالمعقودِ عليه وخالَف في صِفَتِه فثَبَت له الخيارُ.

وأما إذا أَتَى بالذَّرْعِ والصفةِ المعقودِ عليها وزاد في ذَرْعِه فصاحِبُ الثوبِ بالخيارِ؛ إن شاء ضمَّنه مثْلَ غَزْلِه، وكان الثوبُ للصانِعِ، وإن شاء أخَذ الثوبَ وأعطاه المسمَّى، ولا يَزِيدُ في الأُجرةِ لزيادةِ الذرعِ، وإنما يثبُتُ له الخيارُ؛ لأن

(١) في (ر، س، ع): «أربعة»، وفي (ض): «أربعًا».

(٢-٢) في (س): «ثمانيًا في أربعة».



الصفةَ تغيَّرتْ عليه؛ ولأنه إذا زاد في الذَّرْعِ استكْثَر مِن الغَزْلِ، فإن أخذه فلا أَجْرَ له في الزيادةِ؛ لأنه عَمِلها بغيرِ أَمْرِ صاحِبِ الغَزْلِ.

ولو دفَع رجلٌ إلى صبَّاغٍ ثوبًا لِيَصْبُغَه أحمرَ فصبَغه، ثُمَّ اختلَفا؛ فقال الصبَّاغُ: عَمِلْتُه بدرهمٍ، وقال ربُّ الثوبِ: بِدَانِقَيْنِ. فإن كانت لهما بَيِّنَةٌ أُخِذتْ بَيِّنَةُ[1] الصبَّاغِ[2]، وإن لم يكن لهما بَيِّنَةٌ، فإني أَنْظُرُ إلى ما زادَ العُصْفُرُ في قيمةِ الثوبِ، فإن كان دِرْهمًا أو أكثرَ أَعْطيتُه درهمًا بعْدَ أن يَحْلِفَ الصبَّاغُ ما صبَغه بِدانِقَيْنِ، وإن كان ما زاد في الثوبِ مِن العُصْفُرِ أقلَّ مِن دانِقَيْنِ أعطيتُه دانِقَيْنِ بعْدَ أن يَحْلِفَ ربُّ الثوبِ ما صبَغه إلا بِدانِقَيْنِ؛ وذلك لأن الصبَّاغَ إذا حلَف ما صبَغه بِدانِقَيْنِ، والعُصْفُرُ عينُ مالٍ حصَل في ثوبِه بأَمْرِه، وجَب عليه قيمتُه، ولا يُزادُ على درهمٍ، لأن الصبَّاغ رَضِي بإسقاطِ الزيادةِ، وإن كان قيمتُه دانِقَيْنِ، وحلَف ربُّ الثوبِ ما صبَغه إلا بِدانِقَيْنِ سقَطَتْ دعوى الصبَّاغِ، ووجَب على ربِّ الثوبِ [3]قيمةُ الصِّبْغِ[3] لا يَنْقُصُ مِن دانِقَيْنِ؛ لأنه بدَلُ ذلك.

والله أعلم

---

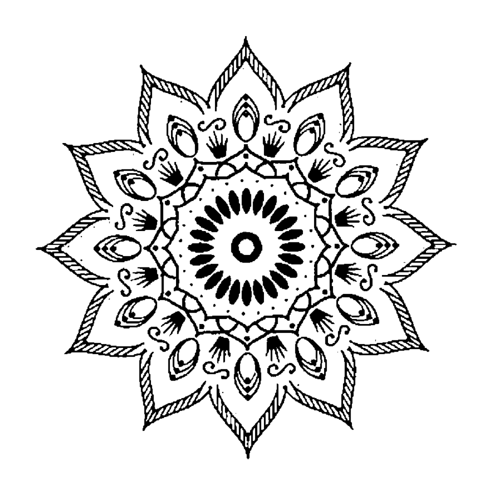
(١) في (ح، ع): «ببينة».

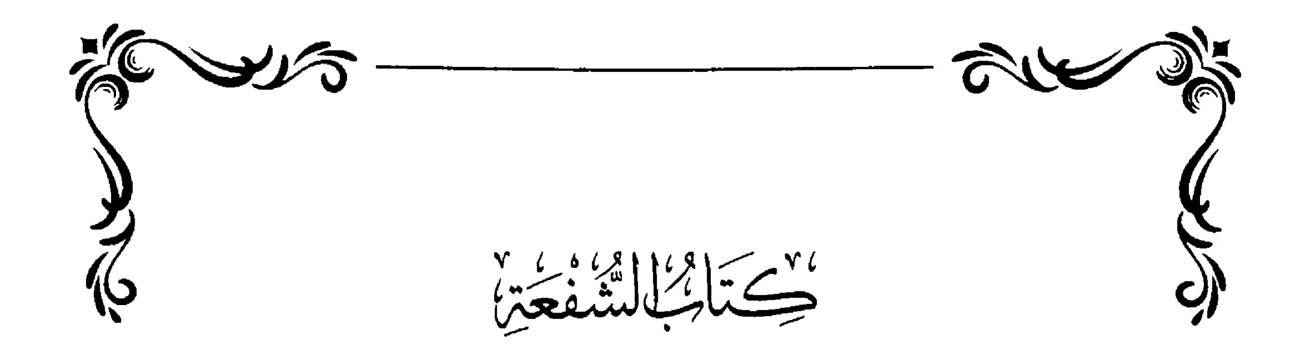
(٢) في (ج، ح، ح٢، ض، غ، ل): «الصانع»، وفي (ع، ي): «الصابغ». والمثبت موافق لما في «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٢٠).

(٣-٣) ليس في (ح٢)، وفي (أ٢، ح، ض، ع، ي): «قيمة الثوب»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «المبسوط»، (١٥/ ٩٥)، و«بدائع الصنائع»، (٤/ ٢٢٠).



كِتَابُ الشُّفْعَةِ





كِتَابُ الشُّفْعَةِ

الشفعةُ في اللغةِ: مأخوذةٌ مِن الضَمِّ، ومنه الشفْعُ الذي هو بخلافِ الوترِ، والشفاعةُ سُمِّيتْ شفاعةً؛ لأنها تَضُمُّ المشفوعَ له إلى أهلِ الثوابِ، فلمَّا كان حقُّ الشفْعةِ يَضُمُّ به الشفيعُ الملْكَ المشفوعَ[1] إلى ملْكِه سُمِّي ذلك شفعةً، والأصلُ في ثبوتِ الشفْعةِ قولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الشُّفْعَةُ في كُلِّ شَيْءٍ»[2].

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الشفعةُ واجِبةٌ للخَلِيطِ في نفسِ[3] المَبِيعِ، ثُمَّ للخَلِيطِ[4] في حقِّ المَبِيعِ[5]، كالشُّرْبِ والطَّرِيقِ، ثُمَّ للجارِ.

---

(١) في (ي): «المشفع».

(٢) أخرجه الترمذي (١٣٧١)، والنسائي في «الكبرى» (٦٢٥٩، ١١٧٢٦) من طريق الفضل بن موسى، عن أبي حمزة السكري، عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبي مليكة، عن ابن عباس. وقال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه مثل هذا إلا من حديث أبي حمزة السكري وقد روى غير واحد، عن عبد العزيز بن رفيع، عن ابن أبي مليكة، عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرسلًا وهذا أصح». وأخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٢٦) عن جابر. وقال ابن عبد الهادي: «رجاله ثقات». ينظر: «المحرر في الحديث» (ص ٥٠٩).

(٣) قال في حاشية (ح): «الخليط في نفس المبيع هو الشريك الذي لم يقاسم معناه دار لرجلين لم يقاسم منهما، ثُمَّ للخليط في حق المبيع هو الشريك الذي قاسم وتثبت له الشركة في الطريق والشرب معناه طريقهما وشربهما واحد».

(٤) في (أ٢، ج، ح٢، ر، س، ض، ع): «الخليط».

(٥) قال في (ح) بين السطرين: «أي: لا يجدي فيه الشفعة».



أما وجوبُها بالشركةِ: فلقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ»[1]، ورُوِي: «إِنَّمَا الشُّفْعَةُ لِلشَّرِيكِ الَّذِي لَمْ يُقَاسِمْ»[2].

وأما ثبوتُها بالشركةِ في الحقوقِ: فلقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِالدَّارِ، يُنْتَظَرُ بِهِ وَإِنْ كَانَ غَائِبًا، إِذَا كَانَ طَرِيقُهُمَا وَاحِدٌ[3]»، ورُوِي: «الشَّرِيكُ أَحَقُّ مِنَ الخَلِيطِ، وَالخَلِيطُ أَحَقُّ مِنْ غَيْرِهِ»[4].

وأما ثبوتُها بالجوارِ: فهو مذهبُنا[5]. وقال الشافعيُّ: لا شُفعةَ إلا للشريكِ

(١) أخرجه البخاري (٢٢١٣)، ومسلم (١٦٠٨) عن جابر.

(٢) قال الزيلعي في نصب الراية (٤/ ١٧٢): «غريب». وإنما أخرج مسلم (١٦٠٨/ ١٣٤) عن جابر قال: «قَضَى رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشُّفعةِ في كلِّ شِرْكَةٍ لم تُقْسَمْ، رَبْعَةٍ أَوْ حَائِطٍ، لا يَحِلُّ له أَنْ يَبِيعَ حتَّى يُؤْذِنَ شَرِيكَهُ، فإن شاء أخذَ، وإن شَاءَ تَرَكَ، فَإِذَا بَاعَ وَلَمْ يُؤْذِنْهُ فَهُوَ أَحَقُّ بِهِ».

(٣) في (ر): «واحدًا».

والحديث مركب من حديثين، الأول: أخرجه أبو داود (٣٥١٧)، والترمذي (١٣٦٨)، والنسائي في «الكبرى» (١١٧١٧) من طريق قتادة، عن الحسن، عن سمرة.

الثاني: أخرجه أبو داود (٣٥١٨)، والترمذي (١٣٦٩)، والنسائي في «الكبرى» (٦٢٦٤) وابن ماجه (٢٤٩٤) من طريق عبد الملك بن أبي سليمان، عن عطاء، عن جابر. قال الترمذي: «حديث حسن غريب، ولا نعلم أحدًا روى هذا الحديث غير عبد الملك بن أبي سليمان عن عطاء عن جابر، وقد تكلم شعبة في عبد الملك من أجل هذا الحديث، وعبد الملك ثقة مأمون عند أهل الحديث لا نعلم أحدًا تكلم فيه غير شعبة من أجل هذا الحديث». ينظر: «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/ ١٧٣، ١٧٤)، و«نصب الراية» (٤/ ١٧٢).

(٤) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٧٦): «غريب»، وقال الحافظ في «الدراية» (٢/ ٢٠٣): «لم أجده».

(٥) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٤٩)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٤)، و«الهداية» (٤/ ٣٠٨).



ولا تثبُتُ الشفعةُ للجارِ، ولا للخَليطِ في الحقوقِ[1].

دليلُنا: ما روَى أبو داودَ بإسنادِه أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «جَارُ الدَّارِ أَحَقُّ بِدَارِ الجَارِ وَالأَرْضِ»[2]. ولا حقَّ للجارِ في دارِ جارِه إلا الشفعةُ، وذكَر هذا الخبرُ الشيخُ أبو بكرٍ الرازيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ في «شرحِ الطحاوي»، وذكَر فيه: «أَحَقُّ بِشُفْعَةِ الدَّارِ»[3].

وروَى [4]عمرُو بنُ سُويدٍ، عن أَبِيه شَرِيدٍ[4]، أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الجَارُ أَحَقُّ بِسَقَبِهِ». قيل: يا رسولَ اللَّهِ، وما سقَبُه؟ قال: «شُفْعَتُهُ»[5].

---

(١) ينظر: «الأم» (٧/ ١١٦)، و«المهذب» (٢/ ٢١٣)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٣٠٤) و«روضة الطالبين» (٥/ ٧٢).

(٢) أبو داود (٣٥١٨)، وقد تقدَّم بقية تخريجه من حديث سمرة.

(٣) «شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٣٤٥). وينظر: «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٢٣).

(٤-٤) كذا في (ح٢)، وهو الموافق لما في مصادر التخريج.

وفي (أ٢، ي): «عمرو بن شريك، عن أبيه»، وفي (ج، ح، ر، س، ع): «عمرو بن شريك، عن أبيه شريك»، وفي (ض): «عمرو بن شريد، عن أبيه شريك»، وفي (غ، ل): «عمر بن شريك، عن شريك».

وهو: عمرو بن الشريد بن سُويد الثقفي، أبو الوليد الطائفي، حجازي تابعي ثقة، روى عن: سعد بن أبي وقاص، وأبيه الشريد بن سويد الثقفي، وعبد اللَّه بن عباس، والمسور بن مخرمة، وأبي رافع مولى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. ينظر: «الطبقات الكبرى» لابن سعد (٥/ ٥١٨)، و«تهذيب الكمال» (٢٢/ ٦٣).

(٥) أخرجه الطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٢٤) عن عمرو بن الشريد، عن أبيه الشريد ابن سويد، بنحوه. وأصله عند البخاري (٢٢٥٨) عن عمرو بن الشريد، عن أبي رافع.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٨): «السَّقَب بفتح السين المهملة، والقاف، وآخره موحدة: القرب، والصاد لغة، وهما مصدرا سقبت الدار وصقبت، والصاقب: القريب. =

ولأنه يَخافُ التأذِّيَ على وجْهِ الدوامِ فوجَب أن يَسْتَحِقَّ الشفعةَ بسببِ ملْكِه كالشريكِ؛ ولأنه سببٌ لنقْلِ الملْكِ فلا يَختَصُّ بالمُشاعِ كالبيعِ، ولأن كلَّ شركةٍ لا تُفْضِي إلى مجاورةٍ لا تتعلَّقُ بها الشفعةُ، وكلَّ شركةٍ تُفْضِي إلى مجاورةٍ يتعلَّقُ بها الشفعةُ، فدل ذلك على تأثيرِ المجاورَةِ في الشفعةِ، فوجَب أن يتعلَّقَ بها الشفعةُ.

فإن قيل: رُوِي في حديثِ سعيدِ بنِ المسيِّبِ، أن النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الشُّفْعَةُ فِيمَا لَمْ يُقْسَمْ، فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ»[1].

قيل له: أصلُ هذا الخبرِ قضاءُ رسولِ اللَّهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالشفعةِ فيما لم يُقْسَمْ، ذكَره في «الموطأ»[2]، وذكره أيضًا أبو داودَ[3].

قال في المغرب: إن الجار أحق بالشفعة إذا كان جارًا ملاصقًا، والباء من صلة أحق لا للتسبيب، وأريد بالسَّقب: السَّاقب على معنى ذو السَّقب، أو تسمية بالمصدر، أو وصف». ينظر: «المغرب» (١/ ٤٠١).

(١) أخرجه النسائي في «الكبرى» (١١٧٣٣)، وابن ماجه (٢٤٩٧) من طرق عن مالك، عن ابن شهاب، عن سعيد، وأبي سلمة، مرسلًا. وأخرجه النسائي في «الكبرى» (٦٢٦١، ١١٧٣٢)، وابن حبان (٥١٨٥) من طرق عن مالك، عن الزهري، عن سعيد، وأبي سلمة، عن أبي هريرة موصولًا. قال ابن حبان: «رفع هذا الخبر عن مالك أربع أنفس... وأرسله عن مالك سائر أصحابه، وهذه كانت عادة لمالك، يرفع في الأحايين الأخبار، ويوقفها مرارًا، ويرسلها مرة ويسندها أخرى، على حسب نشاطه، فالحكم أبدًا لمن رفع عنه وأسند بعد أن يكون ثقة حافظًا متقنًا».

(٢) «الموطأ» (٢/ ٧١٣) عن سعيد مرسلًا.

(٣) أبو داود (٣٥١٥) عن الزهري، عن أبي سلمة، أو عن سعيد بن المسيب، أو عنهما جميعًا، عن أبي هريرة.

وليس فيه دليلٌ؛ لأنه فِعْلٌ والفِعْلُ لا عمومَ له، وحُكْمُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الشيءِ لا يدُلُّ على تَخصيصِ الحكمِ بما قضَى فيه.

فأما قولُه: «فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ فَلَا شُفْعَةَ». فليس مِن كلامِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ لأن الراويَ حكَى أنه فِعْلُ القضاءِ، وهذا إخبارٌ[1] عن حكمٍ ماضٍ[2].

وقولُه: «فَإِذَا وَقَعَتِ الحُدُودُ». بيانُ حكمٍ مستقْبَلٍ فلا يكونُ معطوفًا على الأولِ، فلا بُدَّ أن يكونَ قولُ أحدِ الرواةِ، ولو ثبَت أنه قال: «الشفعةُ فيما لم يُقْسَمْ». اقتَضى ثبوتَ الشفعةِ للجارِ فيما لم يقْسَمْ بظاهرِ الخَبَرِ، وهو أن يَبِيعَ أحدُ الشريكَيْنِ نَصِيبَه، فيُسلِّمُ الشريكُ الآخَرُ الشفعةَ فيَجِبُ للجارِ فيما لم يُقْسَمْ؛ وكذلك إذا باع الرجلُ بعضَ دارِه وجبَتِ الشفعةُ للجارِ فيما باعه، فصار الخبرُ دلالةً عليه.

فإن قيل: مِلْكُه مَحُوزٌ[3] عن ملكِه فوجَب أن لا يستَحِقَّ أحدَ المِلْكَيْنِ[4] بشفعةِ المِلْكِ الآخَرِ، أصلُه إذا كان بينَهما طريقٌ نافذٌ.

قيل له: الشفعةُ تثْبُتُ في الأصلِ لِيَدْفَعَ الشفيعُ[5] عن نفسِه الأذِيَّةَ، ويَجْمَعَ

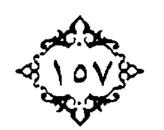
(١) في (ي): «خبر».

(٢) وقد حكى بعضهم أنه مدرج من بعض الرواة، كذا قال أبو حاتم، كما في «العلل» مسألة (١٤٣١)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ١٢١). وقد رده ابن حجر في «فتح الباري» (٤/ ٤٣٧)، فقال: «فيه نظر؛ لأن الأصل أن كل ما ذكر في الحديث فهو منه، حتى يثبت الإدراج بدليل. وقد نقل صالح بن أحمد، عن أبيه: أنه رجح رفعها».

(٣) في (أ٢): «مجوز»، وفي (ح٢، ض): «محور»، وفي (ر): «ملك يحور»، وفي (غ، ي): «يجوز»، وفي (ل): «يجور»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «التجريد» (٧/ ٣٤٤٠).

(٤) في (ي): «المالكين».

(٥) في (س): «الشريك».



المِلْكَيْنِ فيَصِيرَ مِلْكًا واحِدًا، وهذا موجودٌ في الشريكِ والجارِ، فإذا فُصِل الطريقُ بينَ المِلْكَيْنِ لم يُوجَدْ ذلك؛ ولأنه إذا لم يكن بينَهما طريقٌ فالخُلْطَةُ موجودةٌ في الحائطِ والحدِّ، فالتأذِّي بسببِ المشاركةِ موجودٌ، وإذا كان بينَهما طريقٌ فلا شَرِكةَ بينَهما في شيءٍ، فلم تَجِبِ الشفعةُ.

قال: وليس للشريكِ في الطريقِ والشُّرْبِ والجارِ شفعةٌ مع الخَلِيطِ.

وذلك لأن الشفعاءَ إذا اجتمَعُوا فأَولاهم الشريكُ في نفْس المبيعِ؛ لأنه أخصُّ بالضررِ مِن الجارِ ومِن الشريكِ في الحقوقِ فكان أَولى بالشفعةِ، ثُمَّ الخليطُ في الحقوقِ أخصُّ مِن الجارِ بالضررِ، فكان أَولى، ثُمَّ الجارُ بعْدَ ذلك[1].

والمشهورُ مِن قولِهم أن الشريكَ إذا سلَّم الشفعةَ وجبتْ للشريكِ في الحقوقِ، فإن سلَّم وجبتْ للجارِ؛ لأن السببَ الذي يتعلَّقُ به الاستحقاقُ لكلِّ واحدٍ منهم موجودٌ عندَ عقدِ البيعِ؛ وإنما قُدِّم بعضُهم لتأكُّدِ حقِّه، فإذا أَسْقَطه صار كأن لم يكن، فكان لغيرِه أن يَستَوْفِيَ حقَّه كغريمِ الصحةِ وغريمِ المرضِ إذا اجْتَمَعا، وأسْقَط غريمُ الصحةِ حقَّه، والجارُ الذي يَستَحِقُّ الشفعةَ هو الملاصِقُ؛ لأن الشفيعَ إنما يَستَحِقُّ الشفعةَ لاتِّصالِ مِلْكِه بالمبيعِ، وهذا لا يوجَدُ في غيرِ الملاصِقِ.

قال: والشفعةُ تَجِبُ بعقدِ البيعِ، وتستَقِرُّ بالإشهادِ، وتُمْلَكُ بالأخْذِ إذا سلَّمها المشتَرِي أو حكَم بها حاكِمٌ.

---

(١) قال في حاشية (ح): «وعن أبي يوسف أن مع الخليط في نفس المبيع لا شفعة أخرى سلم أو استوفى؛ لأنهم محجوبون به».



أما وجوبُها بعقدِ البيعِ، فلأنها تَجِبُ لرغبةِ[1] البائعِ عن ملْكِه، فإذا أوجَب البيعَ خرَج الشيءُ مِن[2] ملْكِه، فتعلَّق به حقُّ الشفيعِ فكان له المطالبةُ به.

وأما قولُه: وتستَقِرُّ بالإشهادِ. فلأنه حقٌّ ضعيفٌ يسقُطُ بالإعراضِ عنه، ولا يُعْلَمُ أنه تاركٌ للإعراضِ وأنه على المطالبةِ إلا بالإشهادِ، فلذلك شُرِط.

وأما قولُه: وتمْلَكُ بالأخْذِ. فلأنه نقْلُ ملْكٍ وذلك لا يَصِحُّ إلا بالتراضِي أو حكْمِ الحاكمِ.

قال: وإذا عَلِم الشفيعُ بالبيعِ أشْهَد في مجْلِسِه ذلك على المُطالَبةِ، ثُمَّ يَنْهَضُ منه[3]، فيَشْهَدُ على البائعِ إن كان المَبِيعُ في يدِه، أو على المُبتاعِ، أو عندَ العقارِ.

والأصلُ في هذا أن طلَبَ الشفعةِ على الفورِ، في روايةِ «الأصلِ»[4]. وروَى هشامٌ[5]، ....

(١) في (س): «برغبة». (٢) في (س): «عن».

(٣) أي: من المجلس. ينظر: «الهداية» (٤/ ٣١١)، و«العناية» (٩/ ٣٨٤).

(٤) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٤٤٣)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٥٢)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ١٧).

(٥) هو هشام بن عبيد الله الرازي، السني، الفقيه، أحد أئمة السنة، له «نوادر»، وتفقه على أبي يوسف، ومحمد، قال الصيمري: غير أنه كان لَيِّنًا في الرواية. وعن أبي بكر الرازي أنه كان يكره أن يقرأ عليه «الأصل» من رواية هشام لما فيه من الاضطراب، وكان يأمر أن يقرأ عليه «الأصل» من رواية أبي سليمان، أو رواية محمد بن سماعة لصحة ذلك وضبطهما. حدث عن: ابن أبي ذئب، ومالك بن أنس، وحماد بن زيد، وعبد العزيز بن المختار، وطبقتهم، وحدث عنه: بقية بن الوليد، وهو من شيوخه، ومحمد بن سعيد العطار، والحسن بن عرفة، وحمدان بن المغيرة، وأبو حاتم الرازي، توفي سنة (٢٠١هـ). ينظر: «الجواهر المضية» (٢/ ٢٠٥)، و«سير أعلام النبلاء» (١٠/ ٤٤٦)، و«سلم الوصول» (٣/ ٣٩٣).



عن محمدٍ: أنها على المجلِسِ[١].

وللشافعيِّ أربعةُ أقوالٍ:

أحدُها: أنها على الفورِ. والآخَرُ: ثلاثةُ أيامٍ. والثالثُ: على التأْبِيدِ إلَّا أن للمشتَرِيَ مطالبةَ الشفيعِ بالأَخْذِ أو الإسقاطِ. والرابعُ: أنها على التأْبِيدِ، وليس للمشتَرِي مطالبةُ الشفيعِ بشيءٍ[٢].

وجْهُ الروايةِ الأُولى: ما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أنه قال: «الشُّفْعَةُ لِمَنْ وَاثَبَهَا»[٣]. وقال: «إِنَّما الشُّفْعَةُ كَنَشْطَةِ عِقَالٍ[٤]، إنْ قَيَّدَهَا مكانَها ثبَتَ حَقُّهُ، وإِلَّا فَاللَّوْمُ عَلَيْهِ»[٥]. ولأنه خيارُ تمليكٍ فلا يختَصُّ بثلاثةِ أيامٍ، ولا يَقِفُ على

(١) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٤٤٣)، و«المبسوط» (١٤/ ١١٧)، و«البحر الرائق» (٨/ ١٤٦)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢٤٣).

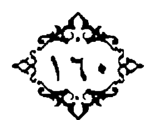
(٢) المعتمد من هذه الأقوال أنها على الفور، ينظر: «الحاوي» (٧/ ٢٤٠)، و«المهذب» (٢/ ٢١٧)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٣١٦) و«روضة الطالبين» (٥/ ١٠٧).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٤٤٠٦) من قول شريح. وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٧٦): «غريب». يعني مرفوعًا.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٨): «تقدم أن الوثوب بمعنى النهوض والقيام». ينظر ما تقدم في كتاب الصلاة، تحت قول الماتن: «ويَستقبِلُ بهما القبلةَ، فإذا انتَهى إلى الصلاةِ والفلاحِ حَوَّلَ وجهَه يمينًا وشمالًا».

(٤) **قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٩):** «نشطة عقاله، يقال: نشط العقدة شدها أنشوطة، وهي كعقدة التكة في سهولة الانحلال، وأنشطها حلَّها. فقوله: الشفعة كنشطة العقال. تشبيه لها بذلك في سرعة بطلانها، وهي فعلة من الإنشاط، أو من نشط بمعنى أنشط. وقيل: أراد كعقد العقال، يعني مدة يسيرة، والأول أظهر. قاله في المغرب». ينظر: «المغرب» (٢/ ٣٠٤).

(٥) أخرجه ابن ماجه (٢٥٠٠)، والبيهقي (٦/ ١٠٨) من طريق محمد بن الحارث، عن محمد بن =



التأْبِيدِ كخيارِ القَبولِ.

وجْهُ الروايةِ الأُخرى: أنه خيارُ تمليكٍ، فكان على المجلسِ كخيارِ المخيَّرةِ؛ ولأن الشفيعَ يَحتاجُ إلى الفِكْرِ والارْتِياءِ[1]، فلو قُلنا: إنها على الفورِ لم يتمكَّن مِن اختيارِ الأَصْلحِ، وفي ذلك إلحاقُ ضررٍ به.

فإن قيل: خيارٌ جُعِل لإزالةِ الضررِ عن الإنسانِ في مالِه فوجَب أن لا يختَصَّ بالمجلسِ كالردِّ بالعيبِ.

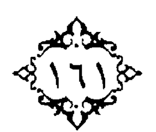
قيل له: خيارُ العيبِ حقٌّ تعلَّق بسببٍ مستَقِرٍّ، بدليلِ أن المشتَرِيَ وجَب له على البائعِ تسليمُ المبيعِ بجميعِ أجزائِه فلم يُسَلِّمْ ما وجَب عليه، والحقُّ إذا تعلَّق بسببٍ مستَقِرٍّ لا يختَصُّ بالمجلسِ، وفي مسألتِنا تعلَّق بسببٍ لم يستَقِرَّ فهو كخيارِ المخيَّرةِ، وتسليمِ ثمنِ الصَّرْفِ، ورأسِ مالِ السلَمِ فيختَصُّ بالمجلسِ، وإذا ثبَت أنه على المجلسِ وهو أصحُّ الروايتَيْنِ كان على شفعتِه ما لم يَقُمْ أو يَتشاغَلْ بغيرِ الطلَبِ.

عبد الرحمن البيلماني، عن أبيه، عن ابن عمر بلفظ: «الشفعة كحل العقال». قال ابن أبي حاتم في «العلل» مسألة (١٤٣٤) عن أبي زرعة: «هذا حديث منكر».

أما قوله: «إن قيدها...إلخ». فقد عزاه عبد الحق في «الأحكام الوسطى» (٣/ ٢٩٢) لابن حزم. وتعقبه ابن القطان بأنه ليس في «المحلى»، ثُمَّ قال: «ولعلَّه رآها له في غير المحلى». ينظر: «بيان الوهم والإيهام» (٣/ ١٣٠).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٩): «اللَّوم: قال في التهذيب: قال الليث: اللوم الملامة. وقال في المحكم: اللوم العذل». ينظر: «تهذيب اللغة» (١٥/ ٢٨٦)، و«المحكم والمحيط الأعظم» (١٠/ ٤٣٨).

(١) في (ي): «التروي».



فأمَّا الإشهادُ في المجلسِ، فليس بشرطٍ في ثبوتِ الشفعةِ؛ وإنما الطلَبُ شرطٌ، وإنما يُشْهِدُ فيه؛ لأنه لا يُصَدَّقُ على الطلَب إلا ببينةٍ، فإن لم يكن بحضرتِه مَن يُشْهِدُه قال: فإني مُطالِبٌ بالشفْعةِ، ثُمَّ يَنْهَضُ إلى مَن يُشْهِدُه[1]؛ وإنما فعَل ذلك حتى لا يَسْقُطَ حقُّ الشفْعةِ فيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالى.

وإذا كان الطلَبُ لا بُدَّ له مِن مُطالِبٍ قام مِن مجلِسِه ذلك مِن غيرِ تَشاغُلٍ بشيءٍ مع القُدْرةِ، وأَشْهَد على مطالبةِ البائعِ إن كان المبيعُ في يدِه؛ لأن الشفيعَ له مخاصمةُ البائعِ ما دام المبيعُ في يدِه فصحَّتْ مطالبتُه له أو يُشْهِدَ على مطالبةِ المشتَرِي؛ لأن المِلْكَ له وحقَّ الشفيعِ متعلِّقٌ به؛ وكذلك إذا أشْهَد على المطالبةِ عندَ العقارِ؛ لأن حقَّه متعلِّقٌ بعينِ العقارِ فكان له الإشهادُ على ما تعلَّق حقُّه به، فأما إذا كان البائعُ سلَّم المبيع لم يَصِحَّ الإشهادُ عليه؛ لأنه قد خرَج مِن أن يكونَ خَصْمًا؛ ألا تَرى أنه لم يَبْقَ له يدٌ في المبيعِ ولا مِلْكٌ فهو كالأجنبيِّ.

قال: فإذا فعَل ذلك استقَرَّتْ شفعتُه فلم تَسْقُطْ بالتأخيرِ عندَ أبي حنيفةَ أبدًا، وقال محمدٌ: إن ترَكها شَهْرًا بعْدَ الإشهادِ مِنْ غيرِ عُذْرٍ بطَلَتْ[2].

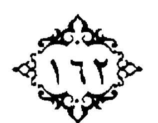
وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن المطالبةَ حقٌّ متعلِّقٌ بعقدِ البيعِ، فإذا استَقَرَّ بالإشهادِ لم يسْقُطْ بالتأخيرِ، أصلُه الردُّ بالعيبِ.

وجْهُ قولِ محمدٍ، وهو قولُ زفرَ: أن الشفعةَ تثبُتُ لإزالةِ الضررِ عن الشفيعِ،

---

(١) في (س): «يشهد».

(٢) ينظر: «الهداية» (٤/ ٣١١)، و«البحر الرائق» (٨/ ١٤٨)، و«البحر الرائق» (٨/ ١٤٦)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢٤٤).



فلو جوَّزْنا له تأخيرَ المخاصمةِ أبدًا أَضَرَّ ذلك بالمشتَرِي؛ ألا ترى أنه لا يَقْدِرُ على البناءِ والغَرْسِ مخافةَ أن يأْخُذَها الشفيعُ، فلم يَجُزْ إلحاقُ الضررِ بواحدٍ منهما، وقدَّر محمدٌ ذلك بالشهْرِ؛ لأن اجتهادَه أدَّاه إلى أنه في حكْمِ الكَثِيرِ؛ بدليلِ أنه يُجْعَلُ أجَلًا في الدُّيونِ وما دُونَه في حكْمِ اليسيرِ فلا يُعْتَدُّ به.

وأما قوله: مِن غير عذرٍ. فلأنَّ الشفعةَ إنما تسقُطُ بالتأخيرِ لمَّا فرَّط في الطلَبِ، والعُذْرُ المانِعُ مِن الخصومةِ ليس بتفريطٍ، فلا يُؤَثِّرُ.

وأما أبو يوسفَ فالصحيحُ عنه مثلُ قولِ أبي حنيفةَ، وقد رُوِي عنه: أن الشفيعَ إذا ترَكَ الخصومةَ في زمانٍ يَقْدِرُ على الخصومةِ فيه بطَلَتْ شفعتُه، ولم يُؤَقِّتْ ذلك، بل جعَله على ما يَراه القاضِي؛ وذلك لأنه يَخْتَلِفُ باختلافِ الأحوالِ، فجُعِل إلى اجتهادِ القاضِي[1].

وقد قالوا: إذا صحَّ الإشهادُ على ما بيَّنَّاه وأراد القاضِي أن يَقْضِيَ له بالدارِ بشفْعتِه؛ فإن كانتِ الدارُ لم تُقْبَضْ أَحْضَر البائعَ والمشتَرِيَ جميعًا، ولا يَقْضِي له حتى يَحْضُرا جميعًا، أما اعتبارُ حضورِ البائعِ وخصومتِه فلأنَّ له في الدار يَدًا مستَحقَّةً فكانتِ الخصومةُ ثابتةً قبْلَه كالمالِكِ، وأما اعتبارُ حضورِ المشتَرِي فلأن القضاءَ على البائعِ يُوجِبُ فسْخَ ملْكِ المشتَرِي، فلا يَجوزُ إلا بحضورِه أو بحضورِ مَن قام مقامَه، فإن كانتِ الدارُ قد قُبِضَتْ فالخصْمُ هو المشتَرِي وحدَه، فيَحْكُمُ عليه وإن لم يَحْضُرِ البائعُ؛ لأن البائعَ لا مِلْكَ له ولا يدَ، فهو بمنزلةِ الأجنبيِّ.

---

(١) ينظر: «الهداية» (٤/ ٣١١)، و«البناية» (١١/ ٣٠٨).



قال: والشفعةُ واجبةٌ في العقارِ، وإن كان مِمَّا لا يُقْسَمُ.

أما ثبوتُه في العقارِ فلقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا شُفْعَةَ إِلَّا في رَبْعٍ[1] أَوْ حَائِطٍ»[2]؛ ولأن حقَّ الشفيعِ يثْبُتُ لخوفِ التأذِّي على وجْهِ الدوامِ، وهذا لا يُوجَدُ في غيرِ العقارِ، وأما ثبوتُها فيما لا يُقْسَمُ مِن العقارِ مِثْلُ الحمَّامِ، والرَّحَى، والبِئْرِ، والطَّرِيقِ، خلافَ ما يقولُه الشافعيُّ؛ فلحديثِ جابرٍ أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الشُّفْعَةُ فِي كُلِّ شِرْكٍ؛ رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ»[3]. وهو عامٌّ؛ ولأن مِلْكَه مُتَّصِلٌ بالمبيعِ فكان له الشُّفْعَةُ، أصلُه ما يُقْسَمُ؛ ولأن كلَّ بقعةٍ يَجِبُ فيها الشفعةُ بعْدَ هدْمِ البناءِ يَجِبُ فيها الشفعةُ قبْلَه، أصلُه ما يُقْسَمُ.

فإن قيل: ما لا يُقْسَمُ شَرْعًا لا يَجِبُ فيه الشفعةُ، أصلُه ما مُلِك بالنكاحِ.

قيل له: ما مُلِك بالنكاحِ هو مملوكٌ بسببٍ لا يَقِفُ على تسميةِ عِوَضٍ فصار كالمملوكِ بالوصيةِ.

---

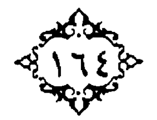
(١) قال الخطابي في «معالم السنن» (٣/ ١٥٢): «الرَّبْع والرَّبْعَة: المنزل الذي يربع به الإنسان ويتوطَّنه، يقال هذا رَبْع. وهذه رَبْعَة، بالهاء. كما قالوا: دار ودارة».

وقال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٩): «الرَّبْع بفتح الراء المهملة، وسكون الموحدة، وآخره عين مهملة: المنزل ودار الإقامة». ينظر: «النهاية» (٢/ ١٨٩).

(٢) أخرجه البزار، كما في «نصب الراية» (٤/ ١٧٨) عن جابر. وقال الحافظ في «التلخيص الحبير» (٢/ ١٢٤): «بسند جيد». وقال ابن الملقن في «البدر المنير» (٧/ ٧): «هذا الحديث غريب بهذا اللفظ، وفي البيهقي (٦/ ١٠٩) من حديث أبي حنيفة، عن عطاء بن أبي رباح، عن أبي هريرة مرفوعًا: «لَا شُفْعَةَ إِلَّا فِي دَارٍ أَو عقار». ثمَّ ضعفه.

(٣) تقدَّم في «الصحيحين»، وهذا لفظ مسلم (١٦٠٨).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٨٩): «الشِّرْك بكسر الشين المعجمة: الحصة والنصيب، تسمية بالمصدر».



قال: ولا شُفْعةَ في العُرُوضِ والسُّفُنِ.

وقال مالِكٌ: يَجِبُ في السفُنِ[1].

دليلُنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا شُفْعَةَ إِلَّا فِي رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ»[2].

قال: والمسلِمُ والذِّمِّيُّ في الشفعةِ سَواءٌ.

وذلك لعمومِ الأخبارِ؛ ولأنه حقٌّ متعلِّقٌ بالبيعِ[3] فاستَوى فيه المسلِمُ والذِّمِّيُّ كالردِّ بالعيبِ.

قال: ولا شفعةَ في الدارِ يتزوَّجُ الرجلُ عليها، أو يُخالِعُ المرأةَ بها، أو يَستَأْجِرُ بها دارًا، أو يُصالِحُ بها منْ دمِ عمدٍ، أو يُعْتِقُ عليها عبْدًا، أو يُصالِحُ عنها بإنكارٍ[4].

والأصلُ في ذلك أن كلَّ ما مُلِك ببدَلٍ ليس بمالٍ، فليس فيه الشفعةُ، وقال الشافعيُّ: فيه الشفعةُ[5].

(١) المذكور في كتب المذهب أنه لا شفعة في السفن. ينظر: «المدونة» (٤/ ٢١٦)، و«الذخيرة» (٧/ ٢٨٠)، وقال ابن ناجي التنوخي: «حكى بعضُ الحنفية عن مالك وجوب الشفعة في السفن؛ لأنها تُشبه الرباع، قال: وهو لا يصح». ينظر: «التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب» (٦/ ٥٧٤)، و«شرح ابن ناجي على الرسالة» (٢/ ٢٣٦).

(٢) تقدَّم.

(٣) في (ح، ر، س، ض، ع، ي): «المبيع»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «تبيين الحقائق» (٥/ ٢٤٩).

(٤) ينظر: «الهداية» (٤/ ٣١٨)، و«العناية» (٩/ ٤٠٥)، و«البناية» (١١/ ٣٥٣).

(٥) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٤٥٨)، و«بحر المذهب» (٧/ ١٩)، و«التهذيب» (٤/ ٣٤٣)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٨٧).

دليلُنا: أنه مُلِك بسببٍ لا يثبُتُ فيه خيارُ الشرْطِ، فلا يَجِبُ فيه الشفعةُ كالمملوكِ بالهبةِ، والوصيةِ، والميراثِ؛ ولأنه ليس في مقابلتِه عِوَضٌ هو مالٌ كالهبةِ.

فإن قيل: معاوضةٌ يَمْلِكُ بها[1] ما يَحتَمِلُ القِسْمةَ، فجاز أن يَجِبَ بها الشفعةُ، أصلُه البيعُ.

قيل له: البيعُ[2] عقدٌ المقصودُ منه العِوَضُ بمالٍ، والنكاحُ ليس المقصودُ منه العِوَضَ فصار في حكْمِ غيرِ المعاوضاتِ.

فإن قيل: الشفعةُ وجبَتْ لإزالةِ الضررِ لِما يَلْحَقُه مِن نقْصانِ التصرُّفِ وأُجْرةِ القَسَّامِ، وهذا موجودٌ في هذه المواضِعِ.

قيل له: يَبْطُلُ بالهبةِ، وبالحمَّامِ، وجميعِ ما لا يُقْسَمُ، وكذلك العُرُوضُ.

وأما إذا صالَح عنها بإنكارٍ فلأنَّ في زَعْمِ المصالِحِ أن الدارَ مِلْكُه، وإنه إنما دفَع المالَ افتداءً لِيَمينِه، فلم يَمْلِكْها بِعِوَضٍ، فلا تَجِبُ فيها الشفعةُ.

قال: فإن صالَح عليها[3] بإقرارٍ، [4]أو إنكارٍ[4]، أو سُكُوتٍ وجبَتِ الشفعةُ.

وذلك لأن في زعْمِ الذي أَخَذ الدارَ أنه أخَذها على وجْهِ العِوَضِ عن المالِ الذي له، فاقْتَضَى ذلك ثبوتَ الشفعةِ فيها.

وهذه المسألةُ مختَلِفةُ الألفاظِ في النُّسَخِ، والخطأُ فيها مِن الناسِخِ،

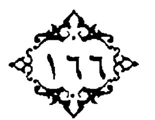
---

(١) في (ر، غ): «فيها».

(٢) بعدها في (س): «عين».

(٣) في (ض، ونسخة مختصر القدور): «عنها».

(٤-٤) ليس في (ج، ح، ر، غ، ي).



والصحيحُ ما ذَكَرْتُه.

ولـو صالَـح عنهـا بإقـرارٍ وجبَـتِ الشـفْعةُ أيضًـا؛ لأنـه مُقِرٌّ بأنه مَلَكهـا بالمالِ المُصالَح عليه، وإن صالَح عنها بسكوتٍ فلا شفعةَ فيها؛ لأنا لا نَعْلَمُ أنه ملَكها بعِوَضٍ لجوازِ أن يكونَ دفَع المالَ افْتِداءً لِيَمِينِه، فلا تَجِبُ الشفعةُ بالشَّكِّ، وهذا هو الظاهرُ.

ألا تَرى أنهم قالوا: لو استَحَقَّ المصالَح عليه والصلحُ على سكوتٍ رجَع المدعِي بالدعوى، ولو كان الصلحُ على إقرارٍ رجَع بالدارِ، فبان الفرْقُ بينَهما، فأما إذا صالَح عنها بإنكارٍ، فلا شفعةَ فيها، وقد بَيَّنَّاه[1].

قال: وإذا تقدَّم الشفيعُ إلى القاضِي فادَّعى الشراءَ وطلَب الشفعةَ، سأل القاضِي المدَّعَى عليه، فإنِ اعْتَرَف بملْكِه الذي يَشْفَعُ به، وإلا كلَّفه إقامةَ البَيِّنَةِ.

وذلك لأن الشفيعَ لا يكونُ خَصْمًا للمشتَرِي حتى يثْبُتَ له ملْكٌ يستَحِقُّ به الشفعةَ، وهذا المعنى لا يَعْلَمُه القاضِي فيسألُ المدعَى عليه عنه، فإن أقرَّ بملْكِه صار خَصْمًا، وإن أنكَر أن يكونَ له ملْكٌ يَشْفَعُ به كلَّفه القاضِي إقامةَ البينةِ لِيَثْبُتَ عندَه كونُه خَصْمًا، ولا يَجوزُ أن يستَحِقَّ الشفعةَ بكونِ الدارِ في يدِه حتى يُقِيمَ البَيِّنَةَ على الملْكِ.

وقال زفرُ: ليس عليه إقامةُ البَيِّنَةِ[2].

وجْهُ قولِهم: أن اليدَ ظاهرٌ في الملْكِ، والظاهرُ يُدْفَعُ به الدعْوى، ولا يُستَحَقُّ

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٩١)، و«العناية» (٨/ ٤١١)، و«البناية» (١١/ ٣٥٨).

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٤)، و«البناية» (١١/ ٣١٠)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢٤٥).



به على الغيرِ، فلو قَضَيْنا بالشفعةِ في مسألتِنا أَثْبَتْنا الاستحقاقَ بالظاهرِ، وذلك لا يَجوزُ، ولهذا قالوا فيمَن قذَف رجُلًا، فقال القاذِفُ: هو عبدٌ، وقال المقذوفُ: أنا حُرٌّ. أن الحدَّ لا يَجِبُ حتى يُقِيمَ المقذوفُ بينةً أنه حُرٌّ؛ لأن الظاهرَ الحريةُ إلا أنه لا يَستَحِقُّ به[1] حقًّا على الغيرِ[2].

وجْهُ قولِ زفرَ، وهو إحدى الروايتَيْنِ عن أبي يوسفَ: أن اليدَ دلالةٌ على المِلْكِ، بدليلِ أن للشهودِ أن يَشْهَدُوا بالمِلْكِ بمشاهدتِها، فوجَب أن يَقْضِيَ لأَجْلِها بالشفعةِ.

قال: فإن عجَز عن إقامةِ البَيِّنَةِ استَحْلَفَ المشتَرِيَ باللَّهِ ما يَعْلَمُ أنه مالِكٌ للذي ذَكَره مِمَّا يَشْفَعُ به.

وذلك لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[3]. وإنما حلَّفه على العِلْمِ لأنها يَمِينٌ على فِعْلِ الغيرِ، والأصلُ في ذلك ما رُوِي أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لليهودِ في القَسامَةِ: «لِيَحْلِفْ مِنْكُمْ خَمْسُونَ رَجُلًا خَمْسِينَ يَمِينًا بِاللَّهِ؛ مَا قَتَلْنَاهُ، وَلَا عَلِمْنَا لَهُ قَاتِلًا»[4]. فصار ذلك أصلًا في أن اليمينَ إذا كانتْ على فِعْلِ المدَّعَى عليه كانت على البتاتِ، وإذا كانت على فِعْلِ الغيرِ كانت على العلمِ.

---

(١) في (ح، ع). «بها». وقوله: «به» أي: بالظاهر، قال العيني: «لا يستحق بهذا الظاهر حقًّا على الغير». ينظر: «البناية» (١١/ ٣١٠).

(٢) ينظر: «الهداية» (٤/ ٣١١)، وبدائع الصنائع (٧/ ٥٤)، و«البناية» (١١/ ٣١٠).

(٣) أخرجه البيهقي (١٠/ ٢٥٢) عن ابن عباس. وأصله في البخاري (٢٥١٤)، ومسلم (١٧١١) بلفظ: «أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَضَى بِالْيَمِينِ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ».

(٤) أخرجه البخاري (٦٨٩٨)، ومسلم (١٦٦٩) عن سهل بن أبي حثمة بنحوه.

قال: فإن نكل عن اليمينِ، أو قامتْ للشفيعِ بيِّنةٌ، سألَه القاضِي هل ابْتَاع أَمْ لَا.

وذلك لأن البينةَ يثبُتُ بها ملْكُ الشفيعِ فيَصِيرُ خَصْمًا؛ وكذلك النكولُ؛ لأنه عند أبي يوسفَ، ومحمدٍ بمنزلةِ الإقرارِ، وعند أبي حنيفةَ هو بذْلٌ[1]، وحقُّ الشفيعِ مِمَّا يَصِحُّ بذْلُه[2] فجاز إثباتُه بالنكولِ، وإذا ثبَت كونُه خَصْمًا لَزِمَ الخصمَ جوابُه، فيَسألُه القاضِي عن دعوى الشفيعِ.

قال: فإن أنكَر الابتياعَ قيل للشفيعِ: أَقِمِ البيِّنَةَ.

وذلك لأنه يدعِي عليه الشراءَ والخصمُ يُنْكِرُ، فيَلْزَمُه إقامةُ البينةِ على ذلك.

قال: فإن عجَز عنها استَحْلَفَ المشتَرِيَ باللَّهِ ما ابتاعَ، أو باللَّهِ ما يَستَحِقُّ عليَّ في هذه الدارِ شفعةً مِن الوجْهِ الذي ذكَره.

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ، ولا يُحَلِّفُه حتى يَطْلُبَ الشفيعُ يمينَه؛ لأن اليمينَ حقٌّ له، فلا يَجوزُ أن تُستَوفَى إلا بمطالبتِه؛ وإنما تثبُتُ اليمينُ لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «وَاليَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ».

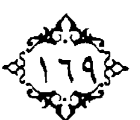
فأما صفةُ اليمينِ فالذي ذكَره في «الكتابِ» إنما هو على قولِ محمدٍ.

وقال أبو يوسفَ: يُحلِّفُه باللَّهِ ما ابتاع إلا أن يُعَرِّضَ فيقولَ: قد يَشْتَرِي

---

(١) من (ج، ر)، وفي باقي النسخ: «بدل»، وفي (ع): «يدل». قال السمرقندي في «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٨٣): «النكول هو بذل وإباحة عند أبي حنيفة»، وقال الكاساني في «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٢٨): «والنكول بذل أو إقرار». وينظر: «الهداية» (٣/ ١٥٧)، و«العناية» (٨/ ١٧٧).

(٢) من (ج، ر)، وفي باقي النسخ: «بدله».



الإنسانُ الشيءَ ويَفْسَخُ العقدَ. فلا يُمْكِنُ استحلافُه كذلك، فيُحَلِّفُه باللَّهِ ما يَستَحِقُّ عليه شفعةً[1].

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ[2]: أن اليمينَ حقٌّ للمدعِي فيَجِبُ أن يكونَ بحسَبِ دعواه ما أَمْكَن، والدعْوى وقعتْ على أصلِ البيعِ فيكونُ اليمينُ على ذلك، إلا أن يُعَرِّضَ بما لا يُمْكِنُ[3] استحلافُه معه.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أنه يَجِبُ أن يُراعِيَ حقَّ المدعِي والمدعَى عليه، وفي الاستحلافِ على استحقاقِ الشفعةِ إيفاءٌ لحقِّهما، وفي الاستحلافِ على أصلِ البيعِ إسقاطٌ لحقِّ[4] المدعَى عليه، لجوازِ أن يكونَ قد فسَخ العقدَ، فما كان فيه إيفاءُ حقِّهما فهو أَوْلى.

وأما قولُه في «الكتابِ» في صفةِ اليمينِ: مِن الوجْهِ الذي ذكَره. فليس بشرطٍ؛ وإنما هو على وجْهِ التأْكِيدِ؛ لأن يمينَه قد نفَتْ وجوبَ الشفعةِ مِن كلِّ وجْهٍ.

قال: ويَجوزُ المنازعةُ في الشفعةِ، وإن لم يُحْضِرِ الشفيعُ الثمنَ[5].

كذا ذكَر في «الأصلِ»[6]، وعن محمدٍ: أن القاضِيَ لا يَقْضِي حتى يُحْضِرَ الشفيعُ الثمنَ في المجلِسِ، ورُوِي عنه: إنْ أَخَّر إحضارَ الثمنِ ثلاثةَ أيامٍ بطَلَتْ شفعتُه[7].

---

(١) ينظر: «البناية» (١١/ ٣١٣).

(٢) في (أ٢، ع، ي): «أبي حنيفة».

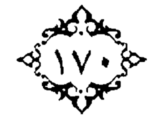
(٣) في (ع): «يملك».

(٤) في (ر): «حق»، وفي (غ، ي): «الحق».

(٥) بعده في (س): «في المجلس».

(٦) ينظر: «الأصل» (١١/ ٤٤٣).

(٧) ينظر: «المبسوط» (١٤/ ١٢٥)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٢٤)، و«الهداية» (٤/ ٣١٢)، و«العناية» (٩/ ٣٨٧)، و«البناية» (١١/ ٣١٣).



وجْهُ قولِهم المشهورِ: أن الحكمَ بالشفعةِ نقْلُ ملْكٍ، فلا تَقِفُ صحتُه على إحضارِ العِوَضِ كالبيعِ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن حقَّ الشفيعِ يثبُتُ لإزالةِ الضررِ عنه، فلم يَجُزْ إثباتُه على وجْهٍ يَضُرُّ بالمشتَرِي، وفي نقْلِ الملْكِ إلى الشفيعِ قبْلَ إحضارِ الثمنِ ضَرَرٌ لجوازِ أن يكونَ مُفْلِسًا، فلم يَجُزْ نفْيُ الضررِ عن أحدِهما وإلحاقُه بالآخرِ مِن غيرِ رِضاه.

قال: وإذا قضَى القاضِي بالشفعةِ، فللشفيعِ أن يَرُدَّ الدارَ بخيارِ العيبِ والرؤْيةِ.

(1) وذلك لأن الشفيعَ مع المشتَرِي بمنزلةِ المشتَرِي مع البائعِ، وللمشتَرِي أن يَرُدَّ بخيارِ العيبِ والرؤْيةِ(1)، فكذلك للشفيعِ، وللمشتَرِي أن يَحْبِسَ المبيعَ حتى يَدْفَعَ الشفيعُ الثمنَ، كما للبائعِ حَبْسُه حتى يَسْتَوفِيَ الثمنَ مِن المشتَرِي.

قال: وإن أَحْضَر الشفيعُ البائعَ والمبيعُ في يدِه، فله أن يُخاصِمَه في الشفْعةِ.

لأن البائعَ له في المبيعِ يدٌ مستَحقَّةٌ، فكانت الخصومةُ[2] ثابتةً قبْلَه كالمالِكِ.

قال[3]: ولا يَسمَعُ القاضِي البيِّنَةَ حتى يَحْضُرَ المشتَرِي فيَفْسَخَ البيعَ بمشْهَدٍ منه، ويَقْضِيَ بالشفعةِ على البائعِ، ويَجْعَلَ العُهْدَةَ عليه.

(1-1) ما بين القوسين ليس في (أ2، ج، ر، غ، ي).

(2) بعده في (ر، س): «منه».

(3) هنا ينتهي الخرم في المخطوطة (ق)، والذي بدأ في أثناء كتاب الحجر عند قول المصنف: «وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَبيعُ مالَه، وبه قال الشافعيُّ». تحت قول الماتن: «وقال أبو حنيفةَ: لا أَحْجُرُ في الدَّيْنِ....».



وذلك لأن في القضاءِ على البائعِ بالشفعةِ فسخٌ[1] لملْكِ المشتَرِي فلا يَجوزُ إلا بحضورِه أو حضورِ مَن قام مقامَه، والمشهورُ مِن مذهبِ أصحابِنا أن البيعَ يَنْفَسِخُ في حقِّ المشتَرِي.

وعن أبي يوسفَ: أنه لا يَنْفَسِخُ[2]، وبه قال الشافعيُّ[3].

وجْهُ قولِهم: أن حقَّ الشفيعِ سابِقٌ لحقِّ المشتَرِي؛ لأنه يثبُتُ برغبةِ البائعِ عن ملْكِه، فإذا قضَى له بالملْكِ بحقٍّ[4] سابقٍ انفَسَخ ملْكُ المشتَرِي كما لو استحقَّها مستَحِقٌّ فقضَى له بها.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الشفعةَ إنما تَجِبُ بسببِ[5] الشراءِ[6] فصارتْ

(١) كذا في النسخ بغير ألف التنوين بعد الخاء، والجادة: «فسخًا»، وهو صحيح على لغةِ ربيعة؛ فإنهم لا يُبْدِلُونَ من التنوين في حال النصب ألفًا، كما يفعل جمهور العرب، بل يحذفون التنوين، ويقفون بسكون الحرف الذي قبله؛ كالمرفوع والمجرور، ولا بُدَّ من قراءتِهِ منوَّنًا في حال الوصل؛ غير أنَّ الألف لا تُكْتَبُ؛ لأنَّ الخط مداره على الوقف. وقد تقدَّم التنبيه على مثل ذلك في عدة مواضع من الكتاب، وقد أفدنا هذا المبحث من مجهودات إخواننا محققي «علل ابن أبي حاتم» مسألة (٣٤). وينظر: «سر صناعة الإعراب» (٢/ ٤٧٧- ٤٧٩)، و«الخصائص» لابن جني (٢/ ٩٧)، و«شواهد التوضيح» لابن مالك (ص٨٩، ٩١، ١٠٢- ١٠٣ مبحث رقم ٦، ٧، ١٠)، و«شرح قطر الندى» لابن هشام (ص٣٥٦)، و«شرح الأشموني على الألفية» (٤/ ٣٥١)، و«همع الهوامع» للسيوطي (٣/ ٤٢٧ باب الوقف).

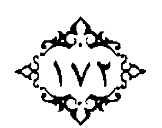
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٣٥٧)، و«المبسوط» (٢٠/ ٩٦)، و«الهداية» (٣/ ٢٨- ٣٠).

(٣) ينظر: «العزيز شرح الوجيز» (٥/ ٥٠٦، ٥٠٧)، و«النجم الوهاج» (٥/ ٢٣٤)، و«تحرير الفتاوى» لأبي زرعة العراقي (٢/ ٢٢٠).

(٤) في (ج، ح، ض، ع): «لحق».

(٥) في (ل): «لسبب».

(٦) في (ع، غ، ي): «المشتري».



مِن حقوقِه، وحقوقُ الشيءِ لا يُنافِيه؛ وإنما كانت العهدةُ في هذا المكانِ على البائعِ، خلافَ ما يقولُ الشافعيُّ: إنها على المشتَرِي وإن أخَذ مِن يدِ البائعِ[1].

فلأن العهدةَ هي ضمانُ الثمنِ عندَ الاستحقاقِ، والبائعُ هو القابضُ للثمَنِ، فكان ردُّه عليه؛ ولأن البيعَ قد انْفَسَخ في حقِّ المشتَرِي على ما بَيَّنَّا، وانتقل إلى الشفيعِ مِن جهةِ البائعِ، فكانت العهدةُ عليه.

فإن قيل: الشفعةُ حقٌّ يثبُتُ لغيرِ المتعاقِدَيْنِ بعْدَ انعقادِ البيعِ شَرْعًا، فوجَب أن يكونَ على المشتَرِي، أصلُه وقوعُ العتقِ في ذوي الأرحامِ.

قيل له: عندَنا تثبُتُ الشفعةُ عندَ الانعقادِ (٣بخروجِ[2] الشيءِ مِن ملْكِ البائعِ، فلا نُسلِّمُ أنها تَجِبُ بعْدَ الانعقادِ٣)، فأما عتقُ ذَوِي الأرحامِ، فهو معْنًى يُستَحَقُّ على المشتَرِي فلا يَلْزَمُ البائعَ، والشفعةُ تثبُتُ لإزالةِ الضررِ الذي يَلْحَقُ الشفيعَ؛ وذلك موجودٌ في حقِّ البائعِ والمشتَرِي، وإذا ثبَت مِن أصلِ الشافعيِّ أن البيعَ لا يَنْفَسِخُ في حقِّ المشتَرِي، وأن الشفعةَ ثابتةٌ عليه كانت العهدةُ عليه كما لو أخَذه مِن يدِه.

وقد رُوِي عن أبي يوسفَ، أنه قال: إن كان المشتَرِي نقَد الثمنَ، ولم يَقْبِضِ الدارَ [حتى قُضِي للشفيعِ[4] بالشفعةِ بمحضَرٍ مِن البائعِ والمشتَرِي، فإن الشفيعَ

---

(١) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٠)، و«الحاوي» (٧/ ٢٨٢)، و«بحر المذهب» (٧/ ٤٩)، و«روضة الطالبين» (٥/ ١١٢).

(٢) في (ح): «لخروج»، وفي (س): «فخروج».

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في: (ض، ع، ل).

(٤) في (ح٢، ض، ع، ي): «الشفيع».



يأخذُ[1] الدارَ][2] مِن البائعِ، وينقدُ الثمنَ للمشترِي، وتكونُ العُهدةُ عليه، وإن كان لم يَنْقُدِ الثمنَ دفعَه إلى البائعِ والعُهْدَةُ عليه؛ وذلك لأن البائعَ إذا قبَض الثمنَ، فلم يَبْقَ له حقٌّ في إمساكِ المبيعِ، والقضاءُ عندَه ليس بفسخٍ لملْكِ المشتَرِي، وإنما هو استحقاقٌ عليه، فكان الثمنُ له والعهدةُ عليه، وأما إذا لم يَقْبِضِ البائعُ الثمنَ فله حبْسُ المبيعِ حتى يَقْبِضَ الثمنَ، فلا يتوصَّلُ الشفيعُ إلى أخْذِ الدارِ إلا بدفْعِ الثمنِ إلى البائعِ، فكانت العهدةُ عليه[3].

قال: وإذا ترَكَ الشفيعُ الإشهادَ حينَ عَلِم بالبيعِ، وهو يَقْدِرُ على ذلك، بطَلَتْ شفعتُه، وكذلك إن أَشْهَد في المجلِسِ، ثُمَّ لم يُشْهِدْ على أحدِ المُتبايِعَيْنِ ولا عندَ العقارِ.

وقد بيَّنَّا ذلك فيما تقدَّم.

فأمَّا قولُه: إذا ترَكَ وهو يقْدِرُ. فهو صحيحٌ؛ لأن الزمانَ الذي لا يَقْدِرُ فيه على الإشهادِ لا مُعْتَبَرَ به؛ لأن الشفعةَ إنما تبطُلُ بترْكِ الإشهادِ؛ لأنه يدُلُّ على الإعراضِ، فإذا كان هناك مانِعٌ، فالظاهِرُ أنه ترَكَ الإشهادَ للمانِعِ لا للإعراضِ، فلا يسقُطُ حقُّه.

قال: وإن صالَح مِن شفعتِه على عِوَضٍ أخَذه بطَلَتِ الشفعةُ ورَدَّ العِوَضَ.

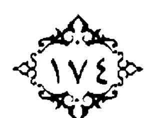
وذلك لأن المشترِيَ يَمْلِكُ المبيعَ قَبْلَ إسقاطِ الشفعةِ وبعْدَه على وجْهٍ واحدٍ،

---

(١) في (ج، ر، س، ل): «يقبض».

(٢) ما بين المعقوفين ليس في (غ).

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٤)، و«المحيط البرهاني» (٧/ ٢٧٨)، و«البناية» (١١/ ٣١٦).



فلا يكونُ بإزاءِ العِوَضِ الذي يَدْفَعُه ملْكُ شيءٍ، فصار أكلَ مالٍ بباطلٍ فلم يَجُزْ، وإذا ثبَت أن أخْذَ العِوَضِ لا يَجوزُ عن إسقاطِ الشفعةِ، وكان إسقاطُها لا يفْتَقِرُ إلى العِوَضِ، فبُطْلانُ العِوَضِ فيها مِن طريقِ الحكْمِ لا يَمْنَعُ مِن سقوطِها، كالمُسْلِمِ إذا طلَّق امرأتَه (١على خمرٍ١) بطَل الخمْرُ مِن طريقِ الحكْمِ، ولم يَبْطُلِ الطلاقُ لمَّا لم يفْتَقِرْ وقوعُه إلى عِوَضٍ.

قال: وإذا مات الشفيعُ بطَلتْ شفعتُه.

وقال الشافعي: يَنتَقِلُ إلى ورَثَتِه[٢].

لنا: أنه خيارُ تمليكٍ فلا يُورَثُ كخيارِ القَبولِ؛ ولأن الوارثَ إن أخَذها لنفْسِه لم يَجُزْ؛ لأن مِلْكَه مُستَحْدَثٌ فهو كمِلْكِ الموصَى له، وإن أخَذها للميِّتِ لم يَصِحَّ؛ لأن الميتَ قد زال مِلْكُه عمَّا يشفَع به، فهو كمَن باع نصيبَه بعْدَ وجوبِ الشفعةِ.

فإن قيل: مَن وَرِث مالًا وَرِثه بحقوقِه؛ بدليلِ أن مَن وَرِث أرضًا وَرِث حقوقَها، ومَن وَرِث دَيْنًا به رهْنٌ أو كَفِيلٌ وَرِث الرهْن، كذلك في مسألتِنا لمَّا وَرِث الشِّقْصَ[٣] وَرِثه بحقِّه الذي هو الشفعةُ.

قيل له: لا نُسَلِّمُ أن الشفعةَ مِن حقوقِ الشِّقْصِ؛ وإنما هو حقٌّ يثبُتُ للمالِكِ سببُه الملْكُ، كما يثبُتُ له جوازُ التصرُّفِ فيه، فأما حقوقُ الدارِ، فهي ملْكٌ لصاحبِ

(١-١) في (س): «بعوض الخمر».

(٢) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٢٥٩)، و«المهذب» (٢/ ٢٢٣)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٣٥٤)، و«روضة الطالبين» (٥/ ١٠١).

(٣) الشِّقص بكسر الشين: هو الطائفة مِن الشيء، أو بعضه، والجمع أشقاص. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٢٦).



الدارِ فتُورَثُ كنفس الدارِ، وأما الرهْنُ والكفيلُ ففيهما معْنى المالِ؛ لأن الرهْنَ يُستَوفَى منه الدَّيْنُ عندَ الفَلَسِ، ويُؤخَذُ المالُ مِن الكفيلِ، والحقوقُ التي فيها معْنى المالِ تُورَثُ والشفعةُ ليس فيها معْنى المالِ؛ وإنما هو سببٌ للتمليكِ بِعِوَضٍ فصارتْ كالقَبولِ، وإذا لم تُورَثْ بطَلَتْ بالموتِ.

قال: وإن مات المشتَرِي لم تَبْطُلْ.

وذلك لأن الشفعةَ حقٌّ على المشتَرِي، والحقُّ لا يَبْطُلُ بموتِ مَن هو عليه.

قال: وإذا باع الشفيعُ ما يَشْفَعُ به قبْلَ أن يُقْضَى له بالشفعةِ بطَلَتْ شفعتُه.

لأنه يَستَحِقُّها بالجوارِ، وقد زالتِ المجاورةُ، فلم يَبْقَ ما يأْخُذُ به المشفوعُ، وسواءٌ في ذلك عَلِم بالشراءِ أو لم يَعْلَمْ، فأما إذا باع بعْدَ أن قضَى له بالشفعةِ لم تسقُطْ شفعتُه؛ لأن حقَّه قد استَقَرَّ فيها فلا يسقُطُ كما لو باع بعْدَ القبضِ.

قال: ووكيلُ البائعِ إذا باع وهو الشفيعُ فلا شفعةَ له.

وذلك لأن في أخْذِه بالشفعةِ[1] إبطالًا[2] لبيعِه وهو موكَّلٌ بإتمامِه؛ ولأنه قائمٌ مقامَ الموكِّلِ، ولو باع الموكِّلُ مِلْكَ نفْسِه لم يكن له أن يأْخُذَ بالشفعةِ، فكذلك إذا باع وكيلُه.

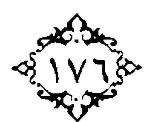
قال: وكذلك إن ضَمِن الدَّرَكَ[3] عن البائعِ الشفيعُ[4].

---

(١) في (ر، س): «للشفعة». (٢) كذا على الجادة في (ر).

(٣) ضمان الدرك: ضمان الاستحقاق دون رد الثمن بالعيب، وهو من الإدراك، أي: ما يدركه من جهة نفسه. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٤٣).

(٤) بعده في (س): «وكذلك إن ضمن الشفيع للمشتري».



لأنه ضَمِن له أن يُخَلِّصَ[1] له الدارَ، وذلك لا يكونُ إلا بتَرْكِه للشفعةِ، وفي أَخْذِه بالشفعةِ إبطالٌ لذلك، فلم يَصِحَّ.

قال: ووكيلُ المشتَرِي إذا ابتاع، فله الشفعةُ.

وذلك لأنه ليس في أخذِها إبطالٌ للشراءِ؛ ولأنه قائمٌ مقامَ المشتَرِي، ولو اشتَرى رجلٌ لنفسِه لم تسقُطْ شفعتُه كذلك وكيلُه، والدليلُ على أن المشتَرِيَ لا تسقُطُ شفعتُه، خلافَ ما قاله بعضُ أصحابِ الشافعيِّ[2].

لنا: هو أنهما تَساويا في السببِ الذي يَستَحِقُّ به الشفعةَ، فوجَب أن يَتساوَيا في استحقاقِها إذا لم يتقدَّمْه استحقاقٌ، أصلُه إذا اشتَراه أجنبيٌّ.

فإن قيل: الإنسانُ إنما يَستَحِقُّ حقًّا في ملْكِ غيرِه، فأما أن يَستَحِقَّ في ملْكِ نفْسِه فلا، كما لو أَتْلَف عبدُه مالَه[3].

قيل له: ليس يستحِقُّ الشفعةَ في ملْكِه، لكن يدْفَعُ بشركتِه[4] استحقاقَ الشفيعِ عليه؛ ولأنه يَجوزُ أن يثبُتَ له حقٌّ في ملْكِ نفْسِه إذا زاحمَه[5] غيرُه، كما يثبُتُ لربِّ المالِ الشفعةُ في الدارِ التي اشتَراها المضارِبُ، ويَصِيرُ كسائرِ الشركاءِ متى ابْتاعَ المضارِبُ شِقْصًا منها.

---

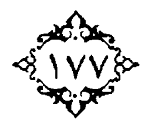
(١) في (ح، ض): «يحصل»، وأشار في حاشية (ح) أنه كالمثبت في نسخة.

(٢) ينظر: «الأم» (٤/ ٣)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٣٥١)، و«بحر المذهب» (٧/ ٦٥)، و«التهذيب» (٤/ ٣٧٤). وكأن المراد ببعض أصحاب الشافعي هنا هو ابن سريج.

(٣) في (س): «مال غيره».

(٤) في (ر): «شركته»، وفي (ع): «لشركته»، وفي (ل): «بشريكيه».

(٥) في (ح، ع): «زاحم»، وفي (ح٢): «أراحه».



قال: ومَن باع بشرطِ الخيارِ فلا شفعةَ للشفيعِ.

وذلك لأن خيارَ البائعِ يَمْنَعُ مِن خروجِ الشيءِ مِن ملْكِه، والشفعةُ تَجِبُ بخروجِ الشيءِ مِن ملْكِ البائعِ، ولم يُوجَدْ.

قال: ومَن اشتَرى بشرْطِ الخيارِ وجبَتِ الشفعةُ.

وذلك لأن الخيارَ إذا كان للمشتَرِي خرَج المبيعُ مِن ملْكِ البائعِ بالاتفاقِ؛ وإنما اختلَفوا في دخولِه في ملْكِ المشتَرِي، والشفعةُ إنما تَجِبُ برغبةِ البائعِ عن ملْكِه؛ بدليلِ أنه لو ادَّعى أنه باع دارَه[1] مِن رجلٍ، فجحَد ذلك الرجلُ البيعَ وجبَتِ الشفعةُ؛ لاعْترافِه بخروجِ الشيءِ مِن ملْكِه، وإن لم يُحْكَمْ بدخولِه في ملْكِ المشتَرِي، كذلك في مسألتِنا.

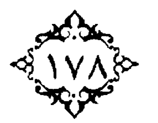
قال: ومن ابتاع دارًا شراءً فاسدًا، فلا شفعةَ فيها.

وذلك لأن حقَّ الفسخِ في البيعِ الفاسدِ مستَحَقٌّ لحقِّ اللَّهِ تعالى، وفي إيجابِ الشفعةِ إسقاطُ الفسخِ وتقريرُ البيعِ، وذلك لا يَجوزُ.

قال: فإن سقَط الفسخُ وجبتِ الشفعةُ.

وذلك لأن البيعَ الفاسدَ عندَنا يُمْلَكُ به المبيعُ بالقبضِ؛ وإنما لم تَجِبِ الشفعةُ لثبوتِ حقِّ الفسخِ، فإذا سقَط إما لزوالِ ملْكِ المشتَرِي، وهو أن يَبيعَ ذلك على آخَرَ، أو لاتِّصالِ المبيعِ بزيادةٍ، وقد زال المعْنى المانعُ مِن وجوبِ الشفعةِ فوجبتْ كالبيعِ المشروطِ فيه الخيارُ للبائعِ إذا أسقَط البائعُ خيارَه.

(١) في (ي): «دارًا».



قال: وإذا اشتَرى الذِّمِّيُّ دارًا بخمْرٍ أو خِنزيرٍ وشفيعُها ذِمِّيٌّ أخَذها بمثْلِ الخمْرِ وقيمةِ الخِنْزيرِ[1].

وقال الشافعيُّ: لا شفعةَ فيه[2].

دليلُنا: عمومُ قولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الشَّفْعَةُ فِي كُلِّ شَيْءٍ رَبْعٍ أَوْ حَائِطٍ»[3]؛ ولأنه بَيْعٌ يُقَرُّ عليه أهلُ الذِّمَّةِ، فجاز أن يُسْتَحَقَّ عليه بالشفعةِ، أصلُه البيعُ بسائرِ[4] المباحاتِ.

فإن قيل: بِيعَ بخمْرٍ فلا تَجِبُ فيه الشفعةُ كما لو باع بها المسلِمُ.

قيل له: المسلِمُ قد مُنِع مِن تموُّلِ الخمْرِ والتصرُّفِ فيها، والكافرُ لم يُمْنَعْ مِن التصرُّفِ فيها وأُقِرَّ على تَموُّلِها، وإذا ثبَت أنه يَجِبُ فيه[5] الشفعةُ، قال: يأخُذُها الذِّمِّيُّ بمثْلِ الخمْرِ وقيمةِ الخنزيرِ؛ لأن الخمْرَ والخِنْزيرَ مالٌ لهم، وبَيْعُهم به جائزٌ، وهو بمنزلةِ الخلِّ والشاةِ في حقِّ المسلِمِ، والبيعُ الجائزُ تتعلَّق به الشفعةُ، والخمْرُ لها مثْلٌ فيأخُذُ ذلك بمثْلِها، والخِنزيرُ لا مثْلَ له فيأخُذُه بقيمتِه، كالمسلِمِ [7]إذا اشتَرى بعِوَضٍ[6] لا مثْلَ له أن الشفيعَ يأخُذُ بقيمتِه، كذلك[7] في حقِّ الذِّمِّيِّ.

---

(١) ينظر: «الأصل» (٩/ ٢٩٤)، و«المبسوط» (١٤/ ١٦٨)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ١٦)، و«المحيط البرهاني» (٧/ ٣١٣).

(٢) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٠)، و«الحاوي» (٧/ ٣٠٢)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٤١٨)، و«بحر المذهب» (٧/ ٦٧)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٧٣).

(٣) تقدَّم.

(٤) في (أ٢، ح٢، ي): «كسائر»، وفي (ر): «السائر».

(٥) في (ح، ع): «فيها».

(٦) في (ج، ح، ح٢، ر، ض): «بعرض».

(٧-٧) ليس في: (ي).

قال: وإن كان الشفيعُ مسلِمًا أخَذها بقيمةِ الخمْرِ والخِنْزيرِ.

وذلك لأن المسلمَ لا يَضْمَنُ الخمْرَ بمثْلِها عندَنا، ويَلْزَمُه قيمتُها إذا استَهْلَكَها، فصار كأنه اشتَرى بِعُرُوضٍ(١).

قال: ولا شفعةَ في الهبةِ إلَّا أنْ يكونَ(٢) بِعِوَضٍ مشروطٍ.

أما إذا كانت بغيرِ عِوَضٍ فلا شفعةَ فيها؛ لأنه مملوكٌ بغيرِ عِوَضٍ فلا تَجِبُ فيه الشفعةُ كالمملوكِ بالميراثِ، وأما إذا شرَط العِوَضَ فيها، فلا تَجِبُ(٣) الشفعةُ أيضًا حتى يتقابَضا جميعًا، وقال زفرُ: تَجِبُ الشفعةُ بالعقدِ(٤).

وهذا مبنيٌّ على اختلافِهم في حُكْمِ عقدِ الهبةِ بِعِوَضٍ، فعندَنا عقدُه عقدُ هبةٍ وجوازُه جوازُ بيعٍ، بدليلِ أنهما عبَّرا عنه بالهبةِ، والعقودُ تختَلِفُ أحكامُها باختلافِ أسامِيها، فلا يَجوزُ إخراجُهما(٥) عمَّا دخلَا فيه، وإذا ثبَت ما ذكَرْناه لم يتعلَّقْ بعقدِها الشفعةُ كما لا يتعلَّقُ بالهبةِ بغيرِ عِوَضٍ، فإذا تقابضا صار في حكْمِ البيعِ فوجبتِ الشفعةُ، وعلى قولِ زفرَ أن العقدَ عقدُ بيعٍ وجوازُه جوازُ بيعٍ؛ لأنه نقْلُ ملْكٍ بِعِوَضٍ، ولا مُعْتبَرَ باختلافِ العبارةِ كقولِه في البيعِ ملَّكْتُ وأَعْطَيْتُ، وإذا كان كذلك تعلَّقَتْ به الشفعةُ.

قال: وإذا اختلَف الشفيعُ والمشتَرِي في الثمنِ فالقولُ قولُ المشتَرِي.

---

(١) في (أ٢، ي): «بعوض». (٢) في (ل): «تكون».

(٣) بعده في (ي): «فيه».

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٥٠)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ١٣٢)، و«البناية» (١١/ ٣٥٩).

(٥) في (أ٢، غ، ل): «إخراجها».



وذلك لأن الشفيعَ يدعِي استحقاقَ ملْكِ المشتَرِي بما يذْكُرُه مِن الثمنِ، فيكونُ القولُ قولَ المشتَرِي في الاستحقاقِ، كالبائعِ والمشتَرِي إذا اختَلَفا في الثمنِ أن القولَ قولُ البائعِ لِما ذكَرْناه.

قال: فإن أقاما البيِّنَةَ فالبيِّنَةُ بيِّنَةُ الشفيعِ عندَ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ.

وقال أبو يوسفَ: البيِّنَةُ بيِّنَةُ المشتَرِي[1].

وجْهُ قولِهما: أنهما قد اتَّفقا على انتقالِ الملْكِ إلى المشتَرِي بالثمنِ، والثمنُ يثبُتُ بقولِ المشتَرِي وهو قَبولُه، فقد تعارضتِ البيِّنتانِ في قولِه؛ إحداهما له والأُخرى عليه، فكانت التي عليه أَولى، كمَن أقام البيِّنَةَ أنَّ فلانًا أقَرَّ له بألفٍ، وأقام المقَرُّ له البيِّنَةَ أنه أَقَرَّ له بخمسمئةٍ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن بيِّنَةَ المشتَرِي مُثْبِتةٌ[2] فالرجوعُ إليها أَولى كبيِّنَةِ البائعِ.

قال: وإذا ادَّعى المشتَرِي ثمنًا أكثرَ، وادَّعى البائعُ أقلَّ منه ولم يَقْبِضِ الثمنَ، أخَذها الشفيعُ بما قال البائعُ، وكان ذلك حَطًّا[3] عن المشتَرِي.

وذلك لأن الأَمْرَ إن كان على ما قال البائعُ، فقد وجبتِ الشفعةُ به، وإن كان على ما قاله المشتَرِي، فقد حطَّ البائعُ بعضَ الثمنِ عن المشتَرِي، وحَطُّه يُلْحَقُ[4] بالعقدِ، ويثبُتُ في حقِّ الشفيعِ.

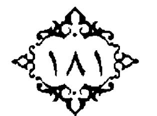
---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٣١)، و«الهداية» (٤/ ٣١٤)، و«العناية» (٩/ ٣٩١).

(٢) في (ح٢، ع). «مبنية»، وفي (ر، ي): «مبينة».

(٣) في (ر، ل، ي): «خطًّا».

(٤) في (ي): «يلحقه».



قال: وإن كان قبَض الثمنَ أخَذها بما قال المشترِي، ولم يُلْتفَتْ إلى قولِ البائع.

وذلك لأن البائعَ قد استوفَى الثمنَ، ولم يَبْقَ له حقٌّ في المبيعِ، فهو بمنزلةِ الأجنبيِّ فلا يُلْتفَتُ إلى قولِه.

قال: وإذا حطَّ البائعُ عن المشترِي بعضَ الثمنِ سقَط ذلك عن الشفيعِ، وإن حطَّ جميعَ الثمنِ لم يسْقُطْ.

وذلك لأن الحطَّ يُلْحَقُ بالعقدِ على ما بيَّنَّاه ويَصيرُ كالموجودِ حالَ العقدِ، فيثْبُتُ في حقِّ الشفيعِ، وأما إذا حطَّ جميعَ الثمنِ، فلا يُلْحَقُ بالعقدِ استِحْسانًا؛ لأنه لو لَحِق لأَفْسَد العقدَ وهما قصَدا صحةَ العقدِ، فإذا لم يُلْحَقْ بالعقدِ لم يثبُتْ في حقِّ الشفيعِ.

وقد قال الشافعيُّ: إن كان الحطُّ في المجلسِ يثبُتُ في حقِّ الشفيعِ، وإن كان بعْدَ المجلسِ وليس في البيعِ خيارٌ أخَذها بجميعِ الثمنِ[1].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن مَن ثبَت الحطُّ في حقِّه في المجلسِ ثبَت بعدَه كالمشترِي.

فإن قيل: حطَّ بعدَ لزومِ العقدِ، فلا يُلْحَقُ به كحطِّ الجميعِ.

قيل له: هناك لو لَحِق لأَخْرَج العقدَ عن موضوعِه فلهذا لم يُلْحَقْ[2]، وحطُّ البعضِ لا يُخْرِجُ العقدَ عن موضوعِه فلَحِق كحالِ المجلِسِ.

قال: وإن زاد المشترِي البائعَ في الثمنِ لم تَلْزَمِ الزيادةُ الشفيعَ.

---

(١) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٢٠)، و«الحاوي» (٧/ ٢٨٧)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٤٠٥)، و«بحر المذهب» (٧/ ٥٢).

(٢) بعده في (ي): «به».



وذلك لأن حقَّ الشفيعِ ثبَت في العقدِ بالثمنِ الأولِ، فإذا زاد فيه ثبَت حقُّ الشفيعِ في الثمَنَيْنِ، فكان له أن يأخُذَ بأيِّهما شاءَ.

قال: وإذا اجتمع الشفعاءُ فالشفعةُ بينَهم على عددِ رؤُوسِهم، ولا يُعْتبَرُ اختلافُ الأَمْلاكِ[1].

وهو أحدُ قولَيِ الشافعيِّ، وقال في قولٍ آخَرَ: إنها على مقاديرِ الأَنْصباءِ[2].

لنا: أن كلَّ واحدٍ منهما لو انفَرد استَحقَّ الجميعَ قلَّ أو كثُرَ بالسببِ الذي يَستَحِقُّ به صاحبُه، فإذا اشترَكا تساوَيا، أصلُه ميراثُ الابْنَيْنِ[3]، وعكسُه الدَّيْنانِ المتفاضلانِ؛ ولأنه مُستَحِقٌّ للشفعةِ فاستَحقَّ عندَ قِلَّةِ النصيبِ ما يَستحقُّه عندَ كثْرتِه، أصلُه إذا انفَرد.

فإن قيل: إنه حَقٌّ مُستفادٌ بالملْكِ فوجَب أن يتقَسَّطَ حالَ الاشتراكِ على قَدْرِ الملْكِ؛ كالثمارِ، والنِّتاجِ، وغَلَّةِ العقارِ.

قيل له: الولَدُ والثَّمَرُ مُتولِّدٌ مِن الملْكِ فانْقَسَم على قدْرِه، والشفعةُ تُستَحَقُّ بمعْنًى متساوِي[4] يُعْتبَرُ فيه الملْكُ فصار كالوصيةِ للجيرانِ أن صاحبَ النصيبِ

(١) ينظر: «الهداية» (٤/ ٢٥)، و«العناية» (٩/ ٣٧٧، ٣٧٨)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٢٨١، ٢٨٢).

(٢) القول الموافق للسادة الأحناف هو قول الشافعي القديم، والمعتمد هو الثاني، وهو استحقاق الشفعة بقدر الأنصباء والحصص.

ينظر: «الحاوي» (٧/ ٢٥٦)، و«المهذب» (٢/ ٢٢٠)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٣٥٣)، و«روضة الطالبين» (٥/ ١٠٠).

(٣) في (أ٢، ح٢، ل، ي): «الاثنين»، ورسمت في (ض) بغير نقط.

(٤) كذا في النسخ بإثبات الياء في الاسم المنقوص، وإثبات الياء لغة صحيحة حكاها أبو الخَطَّاب، =



القليلِ والكثيرِ في الوصيةِ سواءٌ وإن اخْتَلَف مِلْكُهمُا.

قال: ومَن اشْتَرى دارًا بعَرْضٍ[1] أخَذها الشفيعُ بقيمتِه، وإن اشْتَراها بمَكِيلٍ أو موزونٍ أخَذها بمثْلِه.

وذلك لأن الشفيعَ يَستَحِقُّ المبيعَ على الوجْهِ الذي استَحقَّه المشتَرِي، فإذا استَحَقَّه بمكيلٍ، أو موزونٍ، أو معدودٍ غيرِ متفاوتٍ استَحَقَّ الشفيعُ بمثْلِ ذلك؛ لأن المثْلَ فيما له مثْلٌ أَعْدَلُ مِن القيمةِ، وإن كان البَدَلُ مِمَّا لا مِثْلَ له فالقيمةُ فيه أَعْدَلُ، ولأن الشفيعَ إذا أخَذ مِن ملْكِ المشتَرِي، فقد استَحَقَّ المبيعَ عليه، وصار كأنه أَتْلَفَ الثمنَ عليه.

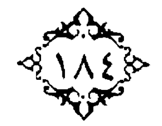
فإن كان له مثْلٌ وجَب مثْلُه، وإن لم يكن له مثْلٌ وجبتْ قيمتُه كما يَجِبُ

ويونسُ عن الموثوق بعربيَّتهم؛ ينطقون بالياء وقفًا ويحذفونها وصلًا، وترسم الكلمة في الحالين بالياء؛ لأنَّ مدار الكتابة على الوقف؛ فيقولون في الوقف: هذا رَامِي، ومررتُ بغازِي، وفي الوصل: هذا رامِي حاذقٌ، ومررتُ بغازِي شجاعٍ، ويجب أن يقرأ في حال الوصل: بتنوين ما قبل الياء، مع حذف الياء نطقًا، وإنْ كانت مكتوبةً، وعلى هذه اللغة جاءت قراءةُ ابن كثير: ﴿وَلِكُلِّ قَوْمٍ هَادِي﴾ [الرعد: ٧]، ونحو ذلك. والراجح لغة جمهور العرب، بحذف هذه الياء في الاسم المنقوص المنون المرفوع والمجرور.

ينظر: «الكتاب» لسيبويه (٢/ ٢٨٨)، و«اللباب» للعكبري (٢/ ٢٠٤)، و«شرح المفصل» (٩/ ٧٥)، و«شرح الشافية» (٢/ ٣٠١)، و«أوضح المسالك» (٤/ ٣٠٩)، و«شرح قطر الندى» (ص٣٥٤)، و«شرح الأشموني» (٤/ ٣٥٦- ٣٥٨).

(١) في (أ٢، ع، ض، ي): «بعوض».

والعَرْضُ: بوزن الفَلْس المتاعُ، وكلُّ شيءٍ عرْض إلا الدراهم والدنانير فإنها عَيْنٌ. ينظر: «مختار الصحاح» (١/ ٢٠٥).



فـي الإتْـلافِ، وإن أخَـذ مِـن يدِ البائعِ فقد أسـقَط حقَّ البائعِ مِن الثمـنِ الذي لَزِم المشتَرِيَ، فكأنه أتْلَفه أيضًا عليه.

قال: وإن باع عقارًا بعقارٍ أخَذ الشفيعُ كلَّ واحدٍ منهما بقيمةِ الآخَرِ.

وذلك لأن كلَّ واحدٍ منهما بدَلُه مِمَّا لا مثْلَ له فيأخُذُه الشفيعُ بقيمتِه.

قال: وإذا بلَغ الشفيعَ أنها بِيعَتْ بألفٍ فسلَّم، ثُمَّ عَلِم أنها بِيعَتْ بأقلَّ، أو بحِنْطةٍ، أو شَعِيرٍ قيمتُها ألفٌ أو أكثرُ فتسليمُه باطِلٌ وله الشفعةُ.

والأصلُ في هذا أن الغرَضَ في أخْذِ الشفعةِ يختَلِفُ باختلافِ الثمنِ وجنسِه، ويختَلِفُ باختلافِ المشتَرِي وبصفةِ المبيعِ، فيكونُ للشفيعِ غرَضٌ في بعضِ هذه الوجوهِ دُونَ بعضٍ، فإذا سلَّم على وجْهٍ فبان أن الشراءَ وقَع على وجْهٍ آخَرَ، وكان التسليمُ وقَع بالشرطِ الذي أَخْبَر به صحَّ التسليمُ، وإذا لم يُوجَدْ ذلك الشرْطُ فالشفعةُ على حالِها.

وإذا ثبَت هذا قُلْنا: إذا بلَغه أنها بِيعَتْ بألفٍ فسلَّم، ثُمَّ عَلِم أنها بِيعَتْ بأقلَّ فهو على شفعتِه؛ لأنه سلَّم استِعْظامًا للثمنِ، فإذا بان أنه أقلُّ صلُحَتْ له، فكأنه قال: سلَّمْتُ الشفعةَ إن كان الثمنُ ألفًا، فإن بان أن الثمنَ أكثرُ مِن ألفٍ صحَّ التسليمُ؛ لأن مَن لا يَصْلُحُ له الدارُ بألفٍ لا يَصْلُحُ له بأكثرَ مِن ذلك، فإن بان أنها بِيعَتْ بحنطةٍ أو شَعِيرٍ فله الشفعةُ؛ لأنه يَجوزُ أن يكونَ إنما سلَّم؛ لأنه لا يَقْدِرُ على العينِ[1]، ويقْدِرُ على الجنسِ الذي بِيعَتْ به ويسهُلُ عليه، فكأنه سلَّم بهذا الشرطِ.

---

(١) في (ج، ي): «ألفين».



قال: وإن بان أنها بِيعَتْ بدنانيرَ قيمتُها ألفٌ فلا شفعةَ له.

وهو استحسانٌ، والقياسُ أن يكونَ له الشفعةُ، وهو قولُ زفرَ[1].

ووجْهُه: أن الدراهمَ والدنانيرَ جنسانِ مختَلِفانِ يَجِبُ الشفعةُ بهما، فإذا سلَّم في أحدِهما لم يكن تَسلِيمًا في الآخَرِ كالمكيلاتِ.

وجْهُ الاستحسانِ: أن الدراهمَ والدنانيرَ في حكمِ الجنسِ الواحدِ؛ لأنهما أثمانُ الأشياءِ، ولا [2]يُنْقَلُ نَقْلُ[2] أحدِهما إلى الآخَرِ فوجَب أن يُعْتبَرَ اختلافُ القَدْرِ[3] فيهما دُونَ الجنسِ، ولا يُشْبِهُ هذا إذا بلَغه أنها بِيعَتْ بحنطةٍ، ثُمَّ بان أنها بِيعَتْ بشَعِيرٍ قيمتُه مثلُ الحنطةِ؛ لأنهما لم يُجْعَلا بمنزلةِ الجنسِ الواحِدِ، و[4]يُنْقَلُ نقْلُ[4] أحدِهما إلى الآخَرِ خاصةً، فاعْتُبِر الاختلافُ في القدْرِ وفي الجنسِ.

وقد قالُوا: لو بان أنها بِيعتْ بعَرْضٍ قيمتُه ألفٌ، وهو مِمَّا لا مِثْلَ له، فقد صحَّ تسليمُه ولا شفعةَ له، وإن كانت قيمتُه أقلَّ فله الشفعةُ؛ وذلك لأن ما لا مِثْلَ له يَلْزَمُ الشفيعَ قيمتُه، والقيمةُ مِن جنسِ الدراهمِ فلا يُعتبرُ الاختلافُ فيها في الجنس، ويُعتبَرُ في القدْرِ.

قال: وإذا قيل له: إن المشترِيَ فلانٌ فسلَّم الشفعةَ، ثُمَّ عَلِم أنه غيرُه فله الشفعةُ.

---

(1) ينظر: «بدائع الصنائع» (5/ 19)، و«الهداية» (4/ 322)، و«العناية» (9/ 4)، و«البناية» (11/ 381).

(2-2) في (ج): «يثقل نقل»، وفي (ر): «ينقل نقد»، وفي (س): «يثقل ثقل»، ورسم الحرفان بغير نقط في (ض، غ).

(3) في (ي): «العدد».

(4-4) في (ج): «يثقل نقل»، وفي (ر): «ينقل نقد»، وفي (س): «يثقل ثقل»، ورسم الحرفان بغير نقط في (ض، غ).



وذلك لأن الإنسانَ قد يصلُحُ له مجاورةُ واحدٍ[1]، ولا يَصْلُحُ له مجاورةُ آخرَ، فلا يكونُ التسليمُ لواحدٍ تسليمًا لغيرِه.

قال: ومَن اشتَرى دارًا لغيرِه فهو الخصمُ في الشفعةِ إلا أن يُسلِّمَها إلى الموكِّل.

وذلك لأن حقوقَ البيعِ عندَنا تتعلَّقُ بالعاقِدِ، والشفعةُ مِن حقوقِ البيعِ فتتوجَّهُ الخصومةُ فيها إلى العاقِدِ، فإن سلَّمها إلى الموكِّلِ كانتِ المطالبةُ متوجِّهةً إليه؛ لأن الوكيلَ إذا سلَّم، فلا يدَ له ولا مِلْكَ، فلا تتوجَّهُ الخصومةُ إليه كالبائعِ إذا سلَّم إلى المشتَرِي.

قال: وإذا باع دارًا إلا مقدارَ ذراعٍ في طُولِ الحدِّ الذي يَلِي الشفيعَ فلا شفعةَ له.

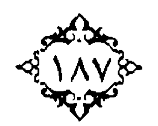
وذلك لأن الشفعةَ إنما تثبُتُ بالشركةِ، أو بالجوارِ، ولم يُوجدْ واحدٌ منهما.

قال: وإن ابتاع منها سهمًا بثمَنٍ، ثُمَّ ابتاع بقيةَ الدارِ فالشفعةُ للجارِ في السهْمِ الأولِ دُونَ الثاني.

وذلك لأن العقدَ على السهمِ الثاني وقَع وهو شريكٌ في بعضِ المبيعِ، فلا يكونُ للجارِ معه شفعةٌ، واستحقاقُ السهمِ الأولِ لا يُسقِطُ الشفعةَ التي وجبتْ له؛ لأنه ملَكها بالشراءِ فهو كما لو حكَم له بها يُبيِّنُ صحةَ ذلك أنهم قالوا في أحدِ الجارَيْنِ: إذا اشتَرى دارًا، ثُمَّ مات وحضَر الجارُ الآخرُ يُطالِبُ بالشفعةِ قُضِي له بالنصفِ.

---

(١) في (ي): «واحدة».



فلولا أنهم جعَلوا الشراءَ بمنزلةِ القضاءِ بقدْرِ ما يستَحِقُّه، وإلا وجَب أن تسقُطَ شفعةُ الميتِ بموتِه وتَبْقَى شفعةُ الحيِّ فيُقْضَى له بجميعِ الدارِ، وكذلك لو اشتَرى مِن الرجلِ دارًا ملاصِقةً، ثُمَّ باع دارَه الأُولى، ثُمَّ حضَر جارٌ آخَرُ، فإنه يُقْضَى له بالنصفِ لِما ذكَرْناه.

قال: وإذا ابتاعها بثمنٍ، ثُمَّ دفَع إليه ثَوبًا عنه فالشفعةُ بالثمنِ دُونَ الثوبِ.

وذلك لأن الشفعةَ تثبُتُ بمثلِ الثمنِ؛ ألا تَرى أنه لو وُهِب له الثمنُ أو اشتَرى به دارًا أخَذها الشفيعُ بالمسمَّى حالَ العقدِ، ولا يأْخُذُ بقيمةِ الدارِ الثانيةِ؛ لأنها مُلِكتْ بالعقدِ الثاني، كذلك في مسألتِنا.

قال: ولا تُكرَهُ الحيلةُ في إسقاطِ الشفعةِ عندَ أبي يوسفَ، وتُكْرَهُ عندَ محمدٍ[1].

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنه لم يُبْطِلْ حقًّا وإنما توصَّل[2] إلى منْعِ وجوبِ الحقِّ عليه، وذلك جائزٌ، كمَن تزوَّج بامرأةٍ يُريدُ وطئَها لئلَّا يَلْزَمَه الحدُّ، وقد دلَّ على هذا المعنى أيضًا قولُه تعالى: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِب بِّهِۦ وَلَا تَحْنَثْ﴾ [ص:٤٤].

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الشفعةَ تثبُتُ في الشرعِ لإزالةِ الضررِ، فلو جازتِ الحيلةُ في إسقاطِها لم تَجِبْ شفعةٌ أبدًا فمُنِع لأجلِ ذلك.

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٦١)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٣٥)، و«الهداية» (٤/ ٣٢٣)، و«العناية» (٩/ ٤٢٢).

(٢) في (أ٢، ع): «يوصل»، ورسم بغير نقط في (ج، ح٢)، وفي (ر، س): «يتوصل»، وفي (ل): «توجب»، ورسم بالتاء والياء جميعًا في (ي).



قال: وإذا بنَى المشتَرِي أو غرَس، ثُمَّ قُضِي للشفيعِ بالشفعةِ فهو بالخيارِ؛ إن شاء أخَذها بالثمنِ وقيمةِ البناءِ والغَرْسِ مقلوعًا[1]، وإن شاء كلَّف المشتَرِيَ قلْعَه.

وهذا الذي ذكَره هو المشهورُ عن أصحابِنا، ويَعْنِي بقولِه: بقيمة البناءِ والغرس مقلوعًا.

وعن أبي يوسف: أن المشتَرِيَ لا يُكلَّفُ قلْعَ البناءِ، ويُقالُ للشفيعِ خُذِ الدارَ بالثمنِ وبقيمةِ البناءِ والغَرْسِ قائمًا أو اترُكْ[2].

وجْهُ قولِهم المشهورِ: أن الشفيعَ يستَحِقُّ بسببٍ سابقٍ لحقِّ المشتَرِي، فكان له قلْعُ البناءِ كالمستَحِقِّ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن المشتَرِيَ بَنَى في ملْكِ نفْسِه، فلم يَجُزْ أن يُنْقَضَ بناؤُه، كمَن بَنَى فيما لا شفعةَ له.

وقد قال الشافعيُّ في هذه المسألةِ: الشفيعُ بالخيارِ إن شاءَ أخَذ بالثمنِ وبقيمةِ البناءِ والغرْسِ، وإن شاءَ ألْزَم المشتَرِيَ القلْعَ بشرْطِ أن يَضْمَنَ له النقْصانَ، وإن شاء ترَك الشفعةَ[3].

---

(١) من (ج، ونسخة مختصر القدوري). وهو الموافق لما في «الجوهرة النيرة» (١/ ٢٨٣).

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ٢٩)، و«الهداية» (٤/ ٣١٦)، و«العناية» (٩/ ٣٩٨)، و«البناية» (١١/ ٣٣٥).

(٣) ينظر: «الأم» (٧/ ١١٥)، و«الحاوي» (٧/ ٢٦٦)، و«المهذب» (٢/ ٢٢٢)، و«بحر المذهب» (٧/ ٣٥).



وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن الشفيعَ له حقٌّ في استحقاقِ يدِ المشترِي بعْدَ البناءِ والغرْسِ بغيرِ رِضاه ولا رضا مَن قام مقامَه، فوجَب أن يكون له نقْضُ البناءِ، وقلْعُ[1] الغرْسِ مِن غيرِ ضمانٍ كالمستَحِقِّ.

فإن قيل: حقُّ الشفعةِ لا يَمْلِكُ به إجبارَ المشترِي على قلْعِ ما أَحْدَثه، أصلُه إذا زرَع الأرضَ.

قيل له: حقُّ الشفعةِ يُوجِبُ قلْعَ المستحدَثِ باتِّفاقٍ، والكلامُ في شرطِ الضمانِ؛ ولأن الزرعَ مستَحَقُّ القلْعِ؛ إلَّا أن له مدَّةً ينتَهِي إليها فأَقْرَرْناه بأُجْرةٍ حتى يُوفَّى كلُّ واحدٍ منهما حقَّه، وهذا لا يُوجَدُ في الغَرْسِ.

قال: وإذا أَخذها الشفيعُ فبَنَى وغرَس، ثُمَّ استُحِقَّتْ رجَع بالثمنِ ولا يَرْجِعُ بقيمةِ البناءِ والغَرْسِ.

وعن أبي يوسفَ: أنه يَرْجِعُ بقيمةِ البناءِ[2].

وجْهُ قولِهم المشهورِ: أن الرجوعَ بقيمةِ البناءِ إنما يثبُتُ للغُرورِ الذي حصَل مِن البائعِ حينَ أَوْجَب الملْكَ للمشترِي على وجْهٍ يتصرَّفُ فيه كيف شاء ولم يُوجَدْ، والمشتَرِي لم يَغُرَّ الشفيعَ؛ وإنما أَخَذها مِن يدِه بغيرِ اختيارِه، فلم يَرْجِعْ عليه، ولا يُشْبِهُ هذا الرجوعَ بالثمنِ؛ لأن الثمنَ إنما يَرْجِعُ به المشتَرِي؛ لأنه عِوَضٌ عن المبيعِ، فإذا لم يُسلِّمْ له المبيعَ لم يُسلِّمْ للبائعِ الثمنَ، وهذا المعنى موجودٌ في الشفيعِ.

---

(١) في (ي): «قطع».

(٢) ينظر: «الهداية» (٤/ ٣١٧)، و«العناية» (٩/ ٤٠١)، و«البناية» (١١/ ٣٣٩).



وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن مَن ثبَت عليه الرجوعُ بالثمنِ ثبَت عليه الرجوعُ بقيمةِ البناءِ، أصلُه البائعُ.

قال: وإذا انهدمتِ الدارُ، أو احْتَرَق بناؤُها، أو جَفَّ شجرُ البستانِ بغيرِ فِعْلِ أحدٍ، فالشفيعُ بالخيارِ إن شاءَ أخَذ بجميعِ الثمنِ وإن شاءَ ترَك.

وقال الشافعيُّ في أحدِ قولَيه: يأخُذُ الباقِيَ بحصتِه[1].

لنا: أن حقَّ الشفيعِ مع المشتَرِي كحقِّ المشتَرِي مع البائعِ، ومعلومٌ أنه لو حصَل ذلك في يدِ البائعِ كان المشتَرِي بالخيارِ بينَ أن يأْخُذَ الدارَ بجميعِ الثمنِ أو يتركَ، كذلك الشفيعُ.

فإن قالوا: في المشتري مع البائعِ قولانِ.

قلنا: نقْصٌ حصَل بغيرِ فِعْلِ آدَمِيٍّ، فصار كما لو دخَله عيبٌ في يدِ المشتَرِي مِن تشقيقِ الحيطانِ، وما أَشْبَه ذلك.

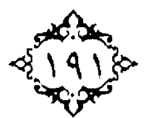
فإن قيل: أخَذ بالشفعةِ بعضَ ما تَناوَلَتْه الصفقةُ، فوجَب أن يكونَ بالحصةِ مِن الثمنِ، كما لو اشْتَرى شِقْصًا وسيفًا.

قيل له: لا نُسلِّمُ أن للبناءِ حصةً بالعقدِ؛ وإنما الثمنُ جميعُه في مقابلةِ العَرْصةِ، والأَتْباعُ[2] لا حصةَ لها.

---

(١) هذا هو القول القديم، والجديد موافق لما عند الحنفية. ينظر: «الحاوي» (٧/ ٢٦٥)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٣٦٨)، و«بحر المذهب» (٧/ ٣٣)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٨٩).

(٢) كذا في النسخ، ووقع في «التجريد» (٧/ ٣٤٦٨): «البناء».



فلم يَصِحَّ هذا القولُ، والمعْنى في الأصلِ أن كلَّ واحدٍ منهما غيرُ تابعٍ للآخَرِ فيكونُ البدَلُ في مقابلتِهما، وهاهنا البناءُ تابعٌ فيكونُ البدَلُ في مقابلةِ (١المتبوعِ دُونَ التَّبَعِ١).

قال: وإن نقَض المشتَري البناءَ قِيلَ للشفيعِ: إن شئْتَ فخُذِ العَرْصةَ بحصتِها مِن الثمنِ، وإن شئتَ فدَعْ، وليس له أن يأخُذَ النِّقْضَ(٢).

وقال الشافعيُّ في أحدِ قولَيْه: يأخُذ الأنقاضَ مع العَرْصةِ(٣).

وهذا لا يَصِحُّ لأن النِّقضَ تَبَعٌ، والأَتْباعُ لا تُضْمَنُ بالعقودِ وتُضْمَنُ بالقبضِ، الدليلُ عليه يدُ العبدِ، وإذا لم يَضْمَنْها المشتَرِي بالعقدِ ضَمِنها بنقْضِه؛ لأنه صار مُتْلِفًا لها فسقَط حصتُها عن الشفيعِ؛ ألا تَرى أن البائعَ لو نقَض ذلك سقَط حصتُه عن المشتَرِي؛ كذلك في حقِّ الشفيعِ.

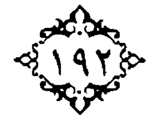
وإنما لم يأْخُذِ الأنقاضَ؛ لأنها صارت مِمَّا يُنْقَلُ ويُحوَّلُ، ومثلُ ذلك لا يَتعلَّقُ به شفعةٌ؛ وإنما تعلَّقتِ الشفعةُ به حالَ الاتِّصالِ على وجْهِ التَّبَعِ، وقد زال ذلك فلا يَجوزُ له أخْذُه بغيرِ سببٍ.

فإن قيل: الاستحقاقُ ثبَت له فيها حينَ العقدِ، فكان له أخْذُ كلِّ ما تَناوَله عقدُ البيعِ.

(١-١) في (ر، ي): «المبيوع دون البيع»، وفي (ض، ل): «المتبوع دون البيع»، وفي (غ): «المتبوع دون التابع»، ووقع في «التجريد» (٧/ ٣٤٦٨): «المشفوع دون البيع».

(٢) النقض: بالضم والكسر، وبعضهم يقتصر على الضم، وبعضهم يقتصر على الكسر: هو اسم للبناء المنقوض. ينظر: «المصباح المنير» (٢/ ٦٢١).

(٣) ينظر: «نهاية المطلب» (٧/ ٣٦٩)، و«كفاية النبيه» (١١/ ٥٩)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٨٩).



قيل له: الأبنيةُ تتعلَّقُ بها الشفعةُ حالَ اتِّصالِها، فإذا انهدَمَتْ زال المعْنى الذي أَوْجَب استحقاقَها، وصار كالمنقوضِ في حالِ العقدِ.

قال: ومَن باع[1] أرضًا وفي نخْلِها ثمَرٌ أخَذها الشفيعُ بثمرتِها.

وهذا الذي ذكَره استحسانٌ، والقياسُ أن لا تَجِبَ الشفعةُ في الثمرةِ.

وجْهُ القياسِ: أنها لا تدخل في البيع إلا بتسميةٍ فصارتْ بمنزلةِ متاعٍ موضوعٍ في الدارِ المبيعةِ.

وجْهُ الاستِحسانِ: أنها متصلةٌ بما تعلَّقتْ به الشفعةُ فصارتْ كالبناءِ والأبوابِ.

وعلى هذا إذا اشترى أرضًا فيها زرعٌ، وليس يَمْتَنِعُ أن لا يدْخُلَ الثمرةُ والزرعُ في البيعِ إلا بالشرْطِ، وتتعلَّقُ بها الشفعةُ، الدليلُ عليه الشرْبُ والطريقُ الخارجانِ مِن المبيعِ.

قال: فإن أخَذها المشتَرِي سقَط عن الشفيعِ حِصَّتُه.

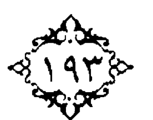
وذلك لأنها دخلَتْ في ضمانِه بالقبضِ فسقَط عنه حصتُها، يُبيِّنُ ذلك أن البائعَ لو أخَذها بعْدَ البيعِ سقَط حصتُها عن المشتَرِي، كذلك في حقِّ الشفيعِ.

قال: وإذا قُضِيَ للشفيعِ بالدارِ ولم يكن رآها فله خيارُ الرؤيةِ، فإن وجَد بها عيبًا فله أن يَرُدَّها به، وإن كان المشتَرِي شرَط البراءةَ منه.

أما ثبوتُ الخيارِ للرؤْيةِ والعيبِ فقد بيَّنَّاه.

وأما قولُه: وإن كان المشتري قد شرط البراءة منه. فصحيحٌ؛ لأن حقَّ الشفيعِ

(١) في (نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٢٨٤): «ابتاع».



سابقٌ لِحَقِّ المشتَرِي فشَرْطُ المشتَرِي يسقُطُ به حقُّه، ولا يسقُطُ به حقُّ غيرِه.

قال: وإذا باع[1] بثمنٍ مؤجَّلٍ فالشفيعُ بالخيارِ إن شاء أخَذها بثمنٍ حالٍّ، وإن شاء صبَرَ حتى يَنْقَضِيَ الأَجَلُ، ثُمَّ يأخُذَها.

وهو قولُ الشافعيِّ الجديدُ، وقال في القديمِ: يأخُذُها بثمنٍ مؤجَّلٍ، فإن كان الشفيعُ غيرَ مَلِيءٍ طالَبه بكفيلٍ معه[2].

وجْهُ قولِ أصحابِنا: أن الأجَلَ لا يثبُتُ إلا بالشرْطِ ولم يُوجَدْ مِن المشتَرِي، والشفيعُ شرَط أجلًا فلم يثبُتْ، ولأنها مدَّةٌ مُلْحَقَةٌ بالعقدِ فلا تثبُتُ في حقِّ الشفيعِ كمدَّةِ الخيارِ.

فإن قيل: الأجلُ صفةٌ للثمَنِ فيثبُتُ في حقِّ الشفيعِ كالسُّودِ.

قيل له: الأجلُ ليس بصفةٍ بدليلِ أن الثمنَ يَحُلُّ فيسقُطُ، ولو كان صفةً لم يَحُلَّ الموصوفُ منه؛ وإنما هو حقٌّ أَثْبَتَه البائعُ للمشتَرِي في مالِه فلا يثبُتُ لغيرِه إلا برضا مَن له الحقُّ، وإذا ثبَت أن الأجَلَ لا يثبُتُ في حقِّ الشفيعِ ثبَت له الخيارُ؛ لأن الحلولَ زيادةُ صفةٍ في الثمَنِ لم يَجِبْ بعقدِ البيعِ، فلا يَلْزَمُ الشفيعَ إلا برضاهُ.

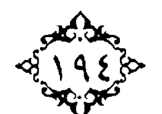
قال: وإذا اقتسَم الشركاءُ العقارَ فلا شفعةَ لجارِهِمْ بالقِسمةِ.

وذلك لأن الشفعةَ تَجِبُ بالتمليكِ، والقسمةَ تمييزُ الحقوقِ وتعديلُ الأنصباءِ، وإذا لم يُوجَدِ السببُ الذي تثبُتُ به الشفعةُ لم تَجِبْ.

---

(١) في (نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٢٨٤): «ابتاع».

(٢) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢١٩)، و«الحاوي» (٧/ ٢٥٣)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٣٤٤)، و«بحر المذهب» (٧/ ٢١)، و«التهذيب» (٤/ ٣٥٦)، و«روضة الطالبين» (٥/ ٨٨).



قال: وإذا اشتَرى دارًا فسلَّم الشفيعُ الشفعةَ، ثُمَّ ردَّها المشتَري بخيارِ رؤْيةٍ، أو شرْطٍ، أو بعيبٍ بقضاءِ قاضٍ فلا شفعةَ للشفيعِ، فإن ردَّها بغيرِ قضاءٍ أو تَقَايَلا فللشفيعِ الشفعةُ.

وذلك لأنه إذا ردَّ عليه بقضاءٍ فقد انفَسَخ العقدُ مِن أصلِه، وعاد على حكْمِ الملْكِ الأوَّلِ فلم تَجِبْ شفعةٌ[1]، وليس كذلك إذا كان بغيرِ قضاءٍ؛ لأن الشيءَ عاد إلى ملْكِه بقبولِه ورضاهُ، فصار كأنه اشتَراه ثانيًا فيتعلَّقُ به الشفعةُ.

وقد قال أصحابُنا: إن الشفعةَ تثبُتُ للصغيرِ[2]؛ لأنه حقٌّ يتعلَّقُ بعقدِ البيعِ فصار كالردِّ بالعيبِ؛ ولأنها تثبُتُ لدفْعِ الضررِ، ودفْعُ الضررِ واجبٌ عن الصغيرِ والكبيرِ.

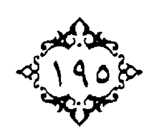
وإذا ثبَت له الشفعةُ، قلنا: يَملِكُ الأخْذَ وَلِيُّه الذي يَجوزُ له التصرُّفُ في مالِه؛ لأن الأخْذَ بالشفعةِ تَمْليكٌ بِعِوَضٍ فهو كالشراءِ، فكلُّ مَن ملَك أن يشتَرِيَ له مَلَك أن يأْخُذَ له بالشفعةِ، فإن سكَت مَن يَمْلِكُ أخْذَها له بالشفعةِ عن الطلَبِ له بطَلَتْ شفعتُه؛ وكذلك إن سلَّم الشفعةَ بالقولِ فهو تسليمٌ صحيحٌ، ولا شفعةَ للصغيرِ إذا بلَغ في الوجْهَيْنِ في قولِ أبي حنيفةَ.

وقال ابنُ أبي ليلى، وزفرُ، ومحمدٌ: إن ذلك لا يَجوزُ، والصغيرُ على شفعتِه إذا بلَغ[3]. ....

(١) في (ح، ض، ع): «شفعته»، وفي (ر): «الشفعة».

(٢) ينظر: «المبسوط» (١١/ ٩١)، و«النتف في الفتاوى» للسغدي (١/ ٥٠٣)، و«البناية» (١١/ ٣٩٣).

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٦)، و«الهداية» (٤/ ٣٢٤)، و«العناية» (٩/ ٤٢٤)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢٦٣).



وبه قال الشافعيُّ[1].

وجْهُ قولِهما: أن مَن ملَك الأخْذَ بالشفعةِ ملَك التسليمَ كالشفيع البالغِ؛ ولأن الوَلِيَّ لو أخَذها بالشفعةِ، ثُمَّ باعها بمثْلِ الثمنِ جاز، فإذا سلَّمها فقد بَقِي الثمنُ على ملْكِ الصغيرِ، وأُسْقِط عنه ضمانُ الدَّرَكِ فهو أَولى بالجوازِ.

وجْهُ قولِهم: أنه إسقاطُ حقٍّ للصغيرِ مِن غيرِ عِوَضٍ، فلم يَجُزْ كالبراءة [2]مِن الدَّينِ[2]، والعفوِ مِن دمِ العمدِ، وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن هناك أسقَط الحقَّ مِن غيرِ عِوَضٍ يحصُلُ للصغيرِ، وفي مسألتِنا حصَل له عِوَضٌ وهو تَبْقِيَةُ الثمنِ على ملْكِه، فلذلك افْتَرَقا.

وقد قال أصحابُنا: إذا اشتَرى الرجلُ مِن الاثنينِ شِقْصًا، فليس للشفيعِ أخْذُ نصيبِ أحدِ البائعَيْنِ دُونَ الآخرِ.

وإن اشتَرى اثنانِ مِن واحدٍ جاز أن يأْخُذَ نصيبَ أحدِهما، ورُوِي عن أبي حنيفة: أنه يَجوز له أخْذُ نصيبِ أحدِ البائعَيْنِ إذا أخَذ مِن يدِ البائعِ، وليس له أخْذُه مِن يدِ المشتَرِي، وإذا اشتَرى اثنانِ مِن واحدٍ، فليس له أخْذُ نصيبِ أحدِ المشتَرين قبْلَ القبْضِ وله ذلك بعْدَه[3].

وقال الشافعيُّ: له أن يأْخُذَ مِن المشتَرِي نصيبَ أحدِ البائعَيْنِ[4].

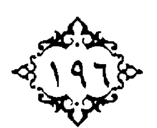
---

(١) ينظر: «الأم» (٧/ ١١٦)، و«الحاوي» (٧/ ٢٧٧)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٣٨٥)، و«بحر المذهب» (٧/ ٤٤).

(٢-٢) من (ج، ر، س، ل).

(٣) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٤٩٠)، و«المبسوط» (١٤/ ١٠٤)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٢٥)، و«المحيط البرهاني» (٧/ ٢٧٥).

(٤) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٢٨٩)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٤١٠)، و«التهذيب» (٤/ ٣٥٨).



دليلُنا: أنه أخَذ بعضَ ما ثبَت له فيه حقُّ الشفعةِ بقبولٍ واحدٍ لنفْسِه فوجَب أن لا يَجوزَ، أصلُه إذا كان البائعُ واحدًا والمشترِي واحدًا.

فإن قيل: بيعٌ في أحدِ طرَفَيْه عاقدانِ فوجَب أن ينْفرِدَ كلُّ واحدٍ منهما بحكْمِ الشفعةِ، أصلُه إذا باع الواحدُ مِن اثنينِ.

قيل له: هناك لا ضررَ على المأخوذِ منه؛ لأنه يأخُذُ جميعَ ما ملَكه ولا ضررَ على شريكِه؛ لأنه قد رَضِي بضررِ الشركةِ فلا فضْلَ بينَ أن يُشارِكَه المشترِي أو الشفيعُ، وفي مسألتِنا على المشترِي ضررٌ في التبعيضِ؛ لأن الشفعةَ وجبَتْ في جميعِ ما ابتاعه بقبولٍ واحدٍ لنفْسِه، فلم يَجُزِ الأخْذُ منه على وجْهٍ يَضُرُّ به، كما لو اشترَى مِن واحدٍ.

وقد قال أصحابُنا: إذا بِيعَتْ دارٌ في دربٍ غيرِ نافذٍ فأهلُه جميعًا شركاءُ في الشفعةِ وهم أَولى مِن الجيران؛ لأن الدربَ إذا لم يكن نافذًا فأهلُه شركاءُ فيه، والشريكُ في حقِّ المبيعِ أَوْلى مِن الجارِ؛ وكذلك الدرْبُ إذا كان نافِذًا وهو مملوكٌ، ألا تَرى أن لهم سُدَّةً[1] ومنْعَ الغيرِ مِن استطراقِه فهو كغيرِ النافذِ، فأما الطريقُ النافذُ الذي لا يَستَحِقُّ أهلُه به الشفعةَ فهو الذي لا يَمْلِكُ أهلُه سُدَّةً، ومنْعَ الغيرِ مِن استطراقِه؛ لأن حقَّ جميعِ المسلمين متعلِّقٌ به، فتعلُّقُ الشفعةِ به يؤدِّي إلى ثبوتِها لجميعِهم؛ وذلك لا يَصِحُّ.

وقد قالوا: إذا كان زُقاقٌ[2] غيرُ نافذٍ..

(١) السدَّة: الباب أو الظلة فوقه. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» (ص ٢٢١).

(٢) الزقاق: طريق ضيق دون السكة، نافذة كانت أو غير نافذة، والجمع أَزِقَّة. ينظر: «المغرب» (ص ٢٠٩)، و«المعجم الوسيط» (١/ ٣٩٦).



وفيه معطفُ[1] زقاقٍ آخرَ غيرِ نافذٍ، فإن بِيعَ في الزقاقِ المنعرِجِ دارٌ، فأهلُ [2]هذه الدارِ[2] أحقُّ بشفعتِها مِن أهلِ الزقاقِ الأوَّلِ؛ لأن هؤلاءِ شركاءُ في طريقٍ خاصٍّ، ألا ترى أن أهلَ الزُّقاقِ الأوَّلِ ليس لهم أن يَستَطْرِقُوا في المعطفِ، فإذا انْفَردُوا عنهم بطريقٍ كانوا أخصَّ بالشفعةِ، فإن بِيعتْ دارٌ في الزُّقاقِ الأولِ فأهلُ الزقاقِ الأولِ والزقاقِ المنعرجِ شركاءُ في شفعتِها؛ لأنهم تَساوَوا في الشركةِ في طريقِ الزقاقِ الأوَّلِ.

وعلى هذا قالوا: في النهرِ بينَ أَقْرِحَةٍ[3] إلا أن نهرًا صغيرًا بين قومٍ إنه بمنزلةِ الزُّقاقِ فيه الدُّورُ وليس بنافذٍ، وذلك لأن هذا النهرَ مملوكٌ لأهلِه فهو كالزُّقاقِ، فأما النهرُ العظيمُ فيتعلَّقُ به حقُّ جماعةِ المسلِمينَ ولا يختَصُّ به بعضُهم دُونَ بعضٍ فلا تتعلَّقُ به الشفعةُ كالشوارعِ.

فأما الحدُّ بينَ النهرِ الكبيرِ والصغيرِ، فقد روَى ابنُ سماعةَ، عن أبي يوسفَ، أنه قال: لست أَحُدُّ في ذلك شيئًا، هو عندي على ما أَرى حينَ يَقَعُ ذلك، وروَى هشامٌ عنه، في حدِّ النهرِ الصغيرِ: ما يَسْقِي بستانَيْنِ و[4] ثلاثةً.

وعن محمدٍ: النهرُ العظيمُ هو الذي تَجْرِي فيه السفُنُ، وما لا تَجْرِي فيه

---

(١) في (ق): «يعطف».

ومعطف، ومنعطَف الوادي: مُنْعَرَجُه ومُنْحناه، وانعرج الشيء: انعطف، ومُنْعَرَجُ الوادي: مُنْعَطَفُه يمنة ويسرة. ينظر: «الصحاح» (٩/ ٢٥٠).

(٢-٢) في (ج، غ، ل): «هذا الزقاق»، وفي (ر، س): «هذه الدرب»، وضبب في (ح) على كلمة الدار، وقال في الحاشية: «لعلَّه الزقاق».

(٣) القَراح: المزرعةُ التي ليس فيها بناء ولا شجر، والجمع أَقْرِحة. ينظر: «المصباح المنير» (٢/ ٤٩٦).

(٤) في (س): «أو».

السفُنُ فهو بمنزلةِ الطريقِ الذي لا ينْفُذُ. رواه هشامٌ عنه، وهو قولُ أبي حنيفةَ[1].

قال هشامٌ: قلتُ لمحمدٍ: فإن أبا يوسفَ قال: إذا كانت الساقيةُ بينَ ثلاثةٍ أو نحوَ ذلك قضيْتُ بالشفعةِ بالساقيةِ، فإن كانوا أكثرَ مِن ذلك لم أَقْضِ. فلم أَرَ محمدًا رَضِي قولَ يعقوبَ. قال هشامٌ: قلتُ لمحمدٍ: فإن شَقَّ مِن هذا النهرِ نهرًا[2] آخَرَ، ثُمَّ بِيعَ فيه أرضٌ؟ فقال: أصحابُ النهرِ الثاني أحقُّ به[3].

وهذا على ما بَيَّنَّا مِن الزُّقاقِ الذي لا ينفُذُ[4] إذا كان فيه معطفٌ، فالنهرُ على ذلك لاختصاصِهم بشربٍ لا حقَّ للأولينَ فيه، فإن بِيعَ في النهرِ الأولِ شيءٌ فأهلُه وأهلُ النهرِ الثاني سواءٌ على ما بَيَّنَّا في الزُّقاقِ.

وقد روَى بِشْرٌ، وعليُّ بنُ الجعْدِ، عن أبي يوسفَ: في رجلٍ له مَسِيلُ ماءٍ في دارٍ فبِيعَتْ فله الشفعةُ بالجوارِ، ليس المسيلُ بمنزلةِ الشربِ؛ وذلك لأن صاحبَ المسِيلِ يختَصُّ بمسيلِ الماءِ، وليس للآخَرِ معه مشاركةٌ في شيءٍ، فهو كحائطٍ لصاحبِ أحدِ الدارَيْنِ في الأُخْرى[5].

وعن أبي يوسفَ: في حائطٍ بين دارَي رجلَيْنِ والحائطُ بينَهما فبِيعتْ إحدَى الدارَيْنِ فصاحبُ الحائطِ أَوْلى بالحائطِ مِن الجارِ، وبقيةُ الدارِ يأْخُذُها بالجوارِ مع الجارِ بالسويَّةِ.

---

(١) ينظر: «المبسوط» (١٤/ ١٣٣)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ٩)، و«المحيط البرهاني» (٧/ ٢٦٦)، و«العناية» (٩/ ٤٢٤)، و«البناية» (١١/ ٢٨٨)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢٤٠).

(٢) في (س، ع): «نهر».

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٢)، و«فتاوى قاضي خان» (٣/ ٢١٨، ٢١٩).

(٤) في (ي): «منفذ له».

(٥) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٠).



وعنه أيضًا: أن الشريكَ في الحائطِ أَوْلى بجميعِ الدارِ.

وجْهُ الروايةِ الأُولى، وهو قولُ زفرَ: أن صاحبَ الحائطِ شريكٌ في بقْعةٍ مِن الدارِ بعينِها وجارٌ في بقِيَّتِها فكان أَوْلى بما هو شريكٌ فيه، وساوَى الجارَ في بَقِيَّتِها.

وجْهُ الروايةِ الأُخْرَى: أنه شريكٌ في بعضِ المبيعِ فكان أَولى مِن الجارِ الذي لا شَرِكةَ له كالشريكِ في الشربِ والطريقِ.

قال الشيخُ أبو الحسنِ: هذه الروايةُ عن أبي يوسفَ أصحُّ عندَنا، وقد روَى هشامٌ، عن محمدٍ مثْلَ ذلك أيضًا[(١)].

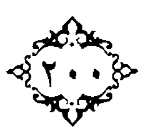
وقد قالوا: في بيتٍ عليه غُرْفتانِ إحداهما فوقَ الأُخرى، ولكلِّ غرفةٍ طريقٌ في دارٍ أخرى ليس بينَهم شَرِكةٌ[(٢)] في الطريقِ[(٣)]، فباع صاحبُ البيتِ الأوسطِ بيتَه، ولم يَطْلُبِ الشفعةَ صاحبُ الطريقِ، فالشفعةُ لصاحبِ العُلْوِ ولصاحبِ السفْلِ جميعًا؛ لأنهما تَساويا في الجوارِ، وإن باع صاحبُ العُلْوِ كانت الشفعةُ لصاحبِ الأوسطِ، ولا شفعةَ لصاحبِ السفْلِ؛ لأنه لا جوارَ بينَهما.

والله أعلم

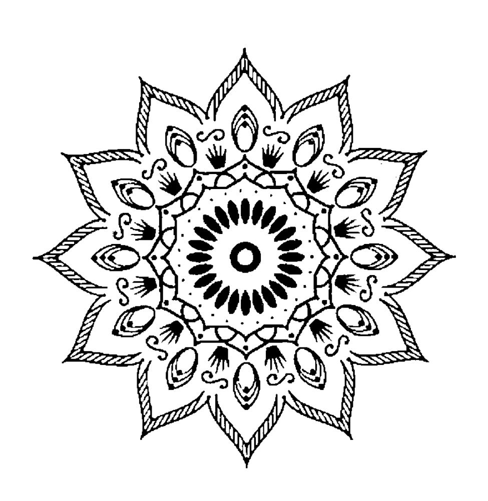
(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٠).

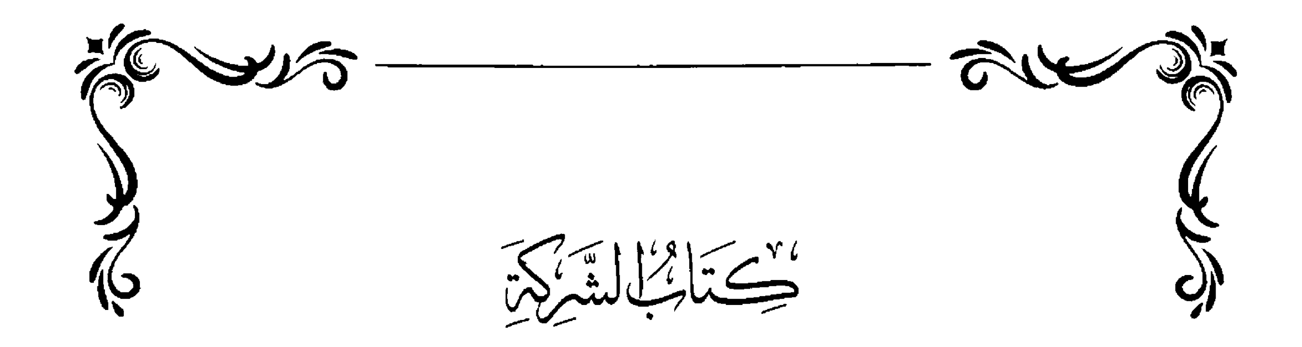
(٢) في (ح، ح٢، ر، ض، ع): «شرك»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «بدائع الصنائع» (٥/ ١٠).

(٣) في (ر، غ، ل): «طريق».



كِتَابُ الشَّرِكَةِ





كتاب الشركة

الأصلُ في جوازِ الشركةِ ما رُوِي: «أنَّ أسامةَ بنَ شَريكٍ جاء إلى النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقال: «أَتَعْرِفُنِي؟» فقال: وَكَيْفَ لَا أَعْرِفُكَ وكُنْتَ شَرِيكِي، كُنْتَ نِعْمَ الشَّرِيكُ لَا تُدَارِي وَلَا تُمارِي»[1]. وبُعِثَ النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والناسُ يَعْقِدُونَ الشركةَ، فلم يُنْكِرْ ذلك، وهو فِعْلُ المسلِمِينَ في سائرِ الأعصارِ مِن غيرِ نكيرٍ[2].

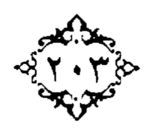
---

(١) قال العيني في «البناية» (٢/ ٣٧٢): «لم يَذكر، يعني: علماء الحديث، أن هذا الحديث لأسامة ابن شريك».

وإنما أخرج أبو داود (٤٨٣٦)، وابن ماجه (٢٢٨٧) من طريق إبراهيم بن مهاجر، عن مجاهد، عن قائد السائب، عن السائب بن أبي السائب. وإبراهيم بن مهاجر ضعيف، وقائد السائب مجهول، والحديث مضطرب، كما قال ابن عبد البر في «الاستيعاب» (٢/ ١٠٠).
ينظر: «نصب الراية» (٣/ ٤٧٤)، و«البدر المنير» (١٧/ ٢١٣).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٠): «لا تداري، ولا تماري: قال ابن الأثير: هو من الدرء بمعنى الدفع، أي: لا يشاغب، ولا يخالف، وهو في الأصل مهموز، وروي في الحديث غير مهموز ليزاوج يماري، فأما المداراة في حسن الخلق والصحبة فغير مهموز. وقال في المغرب: من المدارأة: المشاغبة والمخالفة، وتخفيف الهمز فيها لغة، والمماراة: المجادلة. انتهى. فتأمله فإنه يتراءى فيه مخالفته». ينظر: «النهاية» (٢/ ١١٠)، و«المغرب» (١/ ٤٤٢).

(٢) قال ابنُ هُبَيرةَ: «واتفقوا على أن الشركة جائزة من كل مطلق التصرف». ينظر: «اختلاف الأئمة العلماء» (١/ ٤٤٤)، وقال ابن قدامة: «وأجمع المسلمون على جواز الشركة في الجملة». ينظر: «المغني» (٥/ ٣).



قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الشركةُ على ضَرْبَيْنِ؛ شَرِكةُ أمْلاكٍ، وشركةُ عُقُودٍ، فشركةُ الأَمْلاكِ العينُ يَرِثُها رَجلانِ أو يَشْتَرِيانِها، فلا يَجوزُ لأحدِهما أن يتصرَّفَ في نصيبِ الآخرِ إلا بأَمْرِه، وكلُّ واحدٍ منهما في نصيبِ صاحبِه كالأجنبيِّ.

وذلك لأن التصرُّفَ في مِلْكِ الغيرِ لا يَجوزُ إلا بإذنٍ أو ولايةٍ، ولم يُوجَدْ ذلك في حقِّ كلِّ واحدٍ منهما.

قال: والضَّرْبُ الثاني شَرِكةُ العُقُودِ، وهي على أربعةِ أوْجُهٍ: مفاوضةٌ[(١)]، وعِنانٌ[(٢)]، وشَرِكةُ الصنائعِ، وشركةُ الوجوهِ، فأمَّا شركةُ المفاوضةِ، فهي أن يَشْتَرِكَ الرجلانِ فيَتساوَيانِ في مالِهما وتصرُّفِهما ودَيْنِهما.

وذلك لأن المفاوضةَ مشتَقَّةٌ مِن المساواةِ، ومنه قولُ الشاعرِ:

لَا يَصْلُحُ الناسُ فَوْضَى[(٣)] لَا سَرَاةَ[(٤)] لَهُمْ
وَلَا سَرَاةَ إِذَا جُهَّالُهُمْ سَادُوا[(٥)]

---

(١) المفاوضة: تفويض كل واحد منهما إلى صاحبه أمر الشركة والمفاوضة هي المساواة والمفاوضة هي المخالطة. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٩٩).

(٢) شركة العنان: أن يشتركا في شيء خاص معلوم، قال ابن السكيت: كأنه عَنَّ لهما شيء فاشتركا فيه، وسوف يذكر المصنف تعريفها في الباب. وينظر: «المغرب» (٢/ ٨٦).

(٣) فوضى: مختلطون لا أمير عليهم. ينظر: «أساس البلاغة» (٢/ ٣٩).

(٤) قال في حاشية (ح): «سراة القوم بفتح السين ساداتهم. نووي».

(٥) البيت من البسيط وهو لِلأَفْوَه الأوديِّ أحد أبرز شعراء الحكمة في الجاهلية، والبيت في ديوانه (ص ٦٦). ينظر: «العقد الفريد» (١/ ١١)، و«الصحاح» (٣/ ١٠٩٩)، و«المزهر» (١/ ١٢٩).



وإذا اقتضتِ المفاوضةُ المساواةَ وجَبَ أن (١يُسْتَوفى معناها١)، فيُعتبَرُ تَساوِيهما في المالِ والتصرُّفِ، فلا يكونُ لأحدِهما مالٌ تَصِحُّ فيه الشركةُ إلا ويدخُلُ في الشركةِ؛ لأنه متى انفرَد أحدُهما بمالٍ تَصِحُّ[٢] فيه الشركةُ زال معنى التساوِي.

فإن تفاضَلا في الأموالِ التي لا تَصِحُّ الشركةُ فيها؛ مثلُ العُرُوض، والعَقارِ، والدُّيُونِ جازتِ الشركةُ؛ لأن ذلك مِمَّا لا تَنْعَقِدُ عليه الشركةُ، فالتفاضُلُ فيه لا يَمْنَعُ صحتَها كالتفاضُلِ في الزوجاتِ[٣] والأولادِ، ويَجِبُ أيضًا أن لا يَنْفَرِدَ أحدُهما بشيءٍ مِن التجاراتِ دُونَ الآخرِ؛ لأنها تَنْعَقِدُ عامةً في التجارةِ؛ ولأن ذلك يُزِيلُ التساوِيَ في التصرُّفِ والتساوِي شَرْطٌ فيها.

قال: ويَجوزُ بينَ الحُرَّيْنِ المُسلِمَيْنِ العاقِلَيْنِ البالِغَيْنِ، ولا يَجوزُ بينَ الحُرِّ والمملوكِ، ولا بينَ الصبيِّ والبالغِ، ولا بينَ المسلِمِ والكافرِ.

وذلك لِما بيَّنَّا أنها تقتَضِي التساوِيَ في التصرُّفِ وذلك معدومٌ مع هذه الأحوالِ؛ ألا تَرى أن الصبيَّ والعبدَ لا يَصِحُّ تبرُّعُهما ولا كفالتُهما، وكذلك المسلِمُ والذِّمِّيُّ لا يتساوَيانِ في التصرُّفِ؛ لأن الذِّمِّيَّ يتصرَّفُ في الخمْرِ والخِنْزيرِ دُونَ المسلِمِ، وعدمُ التساوِي في التصرُّفِ يَمْنَعُ مِن جوازِها.

وعن أبي يوسفَ: أنها تَصِحُّ بينَ المسلِمِ والذِّمِّيِّ؛ لأن الخمرَ والخنزير

(١-١) في (ج، غ، ل): «يستويا في معناهما»، وفي (ح٢): «يستوفى معناه»، وفي (س، ع): «يستويا معناها».

(٢) في (ي): «فيصلح».

(٣) في (ح): «الأزواج». وأشار في الحاشية أنها كالمثبت في نسخة.



مُسْتَثْنًى مِن شركتِهما(١)، وقد قال الشافعيُّ: شركةُ المفاوضةِ باطلةٌ(٢).

والدليلُ على جوازِها: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تفاوَضُوا(٣) فإنَّهُ أعْظَمُ لِلْبَرَكَةِ»(٤). وهو عامٌّ؛ ولأنه نوعُ شركةٍ فكان فيه ما يَصِحُّ كشركةِ العِنانِ.

فإن قيل: شركةٌ لا تَصِحُّ مع اختلافِ الدِّينِ، فلا تَصِحُّ مع اتفاقِه، أصلُه الشركةُ في العُرُوضِ والاحتِطابِ.

قيل له: إذا اختلَفا في الدِّينِ تفاوَت تصرُّفُهما، فلم يُوجَدْ معْنى العقدِ، وإذا اتَّفَقا وُجِد مُقْتَضاهُ، ولا يُقالُ: إن العقدَ إذا لم يَصِحَّ مع فقدِ مُقْتَضاهُ كذلك

---

(١) ينظر: «الأصل» (٤/ ٨٧) و«المبسوط» (١١/ ١٩٦)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٦١).

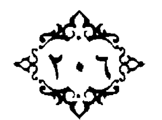
(٢) ينظر: «الأم» (٣/ ٢٣٦)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٠٧)، و«الحاوي» (٦/ ٤٧٥)، و«المهذب» (٢/ ١٥٨)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٢٧٩).

(٣) في (ي): «تفاوضا».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٠): «فاوضوا: المفاوضة: المساومة والمشاركة، وهي مفاعلة من التفويض، كأن كل واحد منهما رد ما عنده إلى صاحبه. قاله ابن الأثير. وقال في المغرب: فاوضه في كذا: إذا جاراه، وفعل مثل فعله، وتفاوض الشريكان: تساويا، واشتقاقها من فيض الماء، واستفاضة الخبر: خطأ». ينظر: «النهاية» (٣/ ٤٧٩)، و«المغرب» (٢/ ١٥٢).

(٤) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٤٧٥): «غريب». وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ١٤٤): «لم أجده».

وإنما أخرج ابن ماجه (٢٢٨٩) من طريق عبد الرحمن بن داود، عن صالح بن صهيب، عن أبيه، بلفظ: «ثلاثٌ فيهنَّ البركةُ؛ البَيْعُ إلى أجَلٍ، والمُقارَضَةُ، وَأَخْلاطُ البُرِّ بِالشَّعِيرِ، لِلْبَيْتِ لَا لِلْبَيْعِ». قال الزيلعي: «ويوجد في بعض نسخ ابن ماجه: «المفاوضة»، عوض «المقارضة». وينظر: «تحفة الأشراف» (٤٩٦٣).



مع وُجُودِه، والعِنانُ مقتَضَى العقدِ يُوجَدُ مع اتِّفاقِ الدِّينِ واختِلافِه فصحَّ في الوجْهَيْنِ كالبيعِ، يُبَيِّنُ ذلك أن النكاحَ لمَّا كان مُقْتَضَاهُ الإباحةُ، ثُمَّ لم يُوجَدْ بينَ المسلِمِ والمجوسية، وبينَ الكافرِ والمسلمةِ لم يَصِحَّ لفقدِ مُقْتَضَاهُ، وصحَّ مع اتِّفاقِ الدِّين لوجودِ مُقْتَضَاهُ.

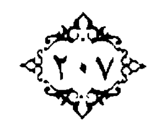
قال: وينْعَقِدُ[1] على الوكالةِ والكفالةِ.

أما الوكالةُ فلأن المقصودَ مِن الشركةِ التصرُّفُ في المالِ، والتجارةُ به، وتحصيلُ الربحِ، والتصرُّفُ في مالِ الغيرِ لا يَجوزُ إلا بولايةٍ أو وكالةٍ مِن طريقِ النطقِ، أو مِن طريقِ الحكْمِ، ولا ولايةَ فلم يبقَ إلا أنه يتصرفُ مِن طريقِ الوكالةِ؛ وأما الكفالةُ فلأنَّ المفاوضةَ انفرَدَتْ عن العِنان باسمٍ، فلا بُدَّ أن تنفرِدَ بمعْنًى، ولا يَجوزُ أن يكونَ ذلك المعْنى هو عمومَ التصرُّفِ؛ لأن العِنانَ يَجوزُ أن ينعقِدَ على كلِّ التجاراتِ، فلم يَبْقَ إلا أن يكونَ اختُصَّتْ بالكفالةِ.

قال: وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة إلا طعام أهله وكسوتهم.

وذلك لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما وكيلٌ عن الآخرِ فيما له وعليه مِمَّا يَعُودُ إلى التجارةِ؛ بدليلِ أنه قائمٌ مقامَه في التصرُّفِ، وكأنه وَلِي العقدَ بنفْسِه فمَلَكه، فأما طعامُ أهلِه وكسوتُهم[2]، فكان القياسُ أن يدخُلَ في الشركةِ؛ لأنه مِمَّا يَصِحُّ الاشتراكُ فيه فصار كسائرِ الأعيانِ التي تَصِحُّ الشركةُ بها، إلا أنهم استحسَنُوا أن لا يدخُلَ ذلك في الشركةِ؛ لأن الضرورةَ تدعو إلى شراءِ القُوتِ والكِسوةِ؛ إذ هو مِما لا بُدَّ منه، فصار مستَثْنًى مِن المفاوضةِ بالضرورةِ فاختُصَّ ذلك بالمشتَرِي

(١) في (ج، ض) رسم بغير نقط أوله، وفي (ح، س): «تنعقد».
(٢) من (ي).



دُونَ شريكِه، وللبائعِ أن يُطالِبَ بالثمَنِ أيُّهما شاءَ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن الآخَرِ ببدَلِ ما يَجوزُ فيه الاشتراك، وهذا مِمَّا يَصِحُّ فيه الاشتراكُ، وإن انفرَد به المشتَرِي للضرورةِ.

قال: وما يَلْزَمُ كلَّ واحدٍ منهما مِن الدُّيُونِ بدَلًا عمَّا يَصِحُّ فيه الاشتراكُ فالآخَرُ ضامِنٌ له.

أما بدَلُ ما دخَل في الشركةِ فلا شُبْهةَ فيه؛ لأن كل واحدٍ منهما كفيلٌ عن صاحبِه؛ وكذلك ما يَلْزَمُ أحدَهما بالبيعِ الفاسِدِ فإنه يَلْزَمُ الآخَر؛ لأن الأَمْرَ بالبيعِ يتضمَّنُ الصحيحَ والفاسِدَ فدخَلا في الشركةِ.

فأما ما يَلْزَمُ بالغصبِ، والاستِهلاكِ، والإقرارِ فإنه يَلْزَمُ الشريكَ أيضًا ضمانُه عند أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وعندَ أبي يوسفَ: أنه لا يَلْزَمُ إلا فاعلَه[1].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ: أن ضمانَ الغصبِ يَجرِي مَجْرَى ضمانِ البيعِ الفاسِدِ، بدليلِ أنه بدَلٌ عمَّا ملَكه بالفعلِ، فيَصِحُّ الاشتراكُ فيه فصار كالبدَلِ في البيعِ الفاسِدِ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنه ضمانٌ يتعلَّقُ بالفِعْلِ فلا يَلْزَمُ الشريكَ كضمانِ الجنايةِ، وأما إذا كفَل أحدُهما عن غيرِه، فذلك لازِمٌ لشريكِه عند أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يَلْزَمُه[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الكفالةَ مِن مقتَضى المفاوضةِ، ألا ترى أن كلَّ واحدٍ

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٧٣)، و«المحيط البرهاني» (٦/ ٢٢)، و«البناية» (٧/ ٣٨٦).
(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٧٣)، و«الهداية» (٣/ ٧)، و«المحيط البرهاني» (٦/ ٢٢).



منهما كفيلٌ عن الآخرِ بما يَلْزَمُه بالشركةِ، وما كان مِن مقتَضى[1] المفاوضةِ إذا لَزِم أحدَهما لَزِم الآخَرَ.

وجْهُ قولِهما: أن الكفالةَ تبرُّعٌ فلا يَلْزَمُ الشريكَ كالهبةِ والقَرْضِ.

قال: وإن وَرِثَ أحدُهما ما لا يَصِحُّ فيه الشركةُ، أو وُهِب له، ووصَل إلى يدِه، بطَلتِ المفاوضةُ، وصارتِ الشركةُ عِنانًا.

وذلك لأن الميراثَ والهبةَ لا تتضمَّنُه الشركةُ؛ لأنه ليس مِن التجارةِ، فما يُمْلَكُ لا يدخُلُ في الشركةِ كالمهْرِ المملوكِ في النكاحِ، وإذا لم يدخُلْ في الشركةِ فقد حصَل في يدِ أحدِهما مالٌ يَخْتَصُّ به تَصِحُّ الشركةُ به، فبطَل معْنَى المفاوضةِ وصارت عِنانًا.

قال: ولا تَنْعَقِدُ الشركةُ إلا بالدراهمِ، والدنانيرِ، والفُلُوسِ النافِقةِ[2].

أما انعقادُها بالدراهمِ والدنانيرِ فلا خلافَ فيه؛ لأن الشركةَ تتضمَّنُ الوكالةَ، والتوكيلُ فيهما يَصِحُّ؛ ألا تَرى أن رجلًا لو قال لرجلٍ: اشْتَرِ بألفٍ مِن مالِكَ على أنَّ ما تَشْتَرِيه بيننا، وأنا أشْتَرِي بألفٍ مِن مالِي على أن ما أَشْتَرِي[3] بيننا. جاز.

وأما الفُلُوسُ فعن أبي حنيفةَ: أن الشركةَ لا تَصِحُّ بها، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: تَصِحُّ إذا كانت نافقةً[4].

---

(١) بعده في (س): «عقد».

(٢) النافقة: الرائجة، والمصدر النَّفَاق بفتح النون. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١١٣).

(٣) في (أ، ح، ض): «أشتريه»، وفي (س): «يشتري»، وفي (ع): «اشتراه»، وفي (ي): «اشتريته».

(٤) ينظر: «الهداية» (٣/ ٨)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٥٩)، و«العناية» (٦/ ١٦٩).



وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنها تارةً تكونُ مبيعًا وتارة تكونُ ثمنًا، فلا تَصِحُّ الشركةُ بها كالحنطةِ.

وجْهُ قولِهما: أنها إذا كانت نافقةً فهي ثمنٌ فصارتْ كالدراهمِ.

وقد قال أصحابُنا: لا تَجوزُ الشركةُ بالمكيلِ، والموزونِ، والمعدودِ قبْل الخَلْطِ في قولِهم؛ لأن ذلك يتعيَّنُ بالعقدِ فهو كغيرِه مِن العُرُوضِ، وأما إذا خلَطها وهي مِن جنسٍ واحدٍ، فالشركةُ بها صحيحةٌ عندَ محمدٍ. وقال أبو يوسفَ: لا تَصِحُّ الشركةُ، بل تكونُ شركةَ أملاكٍ[1].

ويَظْهَرُ الخلافُ بينَهما في الربحِ؛ فعندَ أبي يوسفَ أن الحنطةَ تارةً تكونُ ثمنًا وتارةً تكونُ مبيعًا فصارتْ كالفُلُوسِ الكاسِدةِ.

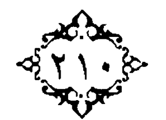
وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الوكالةَ التي تقتَضِيها الشركةُ تَصِحُّ فيها، وهي مِمَّا يكونُ ثمنًا بحالٍ فصارتْ كالدراهمِ والدنانيرِ، وليس كذلك قبْلَ الخَلْطِ؛ لأن الوكالةَ التي تقْتَضِيها الشركةُ لا تَصِحُّ فيها.

وقد قالوا: لا تَصِحُّ الشركةُ بالعُروضِ[2]؛ لأن الشركةَ فيها تؤدِّي إلى الجهالةِ عندَ القسمةِ؛ ألا تَرى أن الربحَ يُقْسَمُ على رأسِ المالِ، ورأسُ المالِ قيمتُها، وذلك يُعْرَفُ بالحَزْرِ[3] والظنِّ، فصارتْ كأنَّ الجهالةَ وُجِدتْ حالَ العقدِ فيُمْنَعُ مِن صحتِه.

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٦)، و«الهداية» (٣/ ٨)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٦٠).

(٢) ينظر: «المبسوط» (١١/ ٥٩)، و«المحيط البرهاني» (٦/ ٥).

(٣) الحزْر: هو التقدير بالظن. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٤٩).



قال: ولا يَجوزُ بما سِوَى ذلك إلا أن يَتعامَلَ الناسُ بالتِّبْرِ والنُّقْرَةِ[1] فتَصِحَّ الشركةُ بهما.

وذلك لأنهم إذا تَعامَلُوا بها صارتْ بمنزلةِ المضروبِ، ويَجِبُ أن تكونَ هذه المسألةُ على روايتَيْنِ، كما ذَكَرْنا في الفُلُوسِ.

قال: وإن أراد[2] الشركةَ بالعُروضِ باع كلُّ واحدٍ منهما نصفَ مالِه بنصفِ مالِ الآخرِ، ثُمَّ عقَد الشركةَ.

وذلك لأنهما إذا فعَلا ذلك صارتْ شركةَ عِنانٍ، فيَصِحُّ التصرُّفُ فيها بالإذنِ والتوكيلِ الذي تتضمَّنُه الشركةُ، الدليلُ عليه إذا عقَد الشركةَ بدراهمَ فاشترى بها متاعًا.

قال: وأما شركةُ العِنانِ فتَنْعَقِدُ على الوكالةِ دُونَ الكفالةِ.

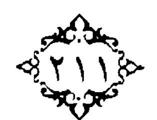
وذلك لأن عقدَ الشركةِ جعَل لكلِّ واحدٍ منهما التصرُّفَ في مالِ صاحبِه بالبيعِ والشراء، وبما يَحصُلُ به مِن الربحِ، والتصرُّفُ في مالِ الغيرِ لا يَجوزُ إلا بولايةٍ أو وكالةٍ، ولا ولايةَ هاهنا، فلم يَبْقَ إلا أن يكونَ التصرُّفُ بوكالةٍ، فأما الكفالةُ[3] فإنما تثبُتُ في المفاوضةِ لِما بَيَّنَّا أنها انفردَتْ باسمٍ غيرِ العِنانِ، فوجَب أن

---

(١) النقرة: القطعة المذابة من الفضة أو الذهب، ويقال: نقرة فضة. على الإضافة للبيان. ينظر: «المغرب» (ص ٤٧٣).

(٢) في (أ٢، ج، س): «أرادا»، وهو الموافق لما في «البناية» (٧/ ٣٩٥)، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «الهداية» (٣/ ٩)، و«العناية» (٦/ ١٧٤).

(٣) بعده في (س): «له».



ينفَرِدَ بمعْنًى غيرِ الوكالةِ وغيرِ التصرُّفِ العامِّ، وليس كذلك إلا الكفالةُ، وهذا معدومٌ في العِنانِ.

قال: ويَصِحُّ التفاضُلُ في المالِ.

وذلك لأن شركةَ العِنانِ لا تقتَضِي المساواةَ، وقيل: إنها مأخوذةٌ مِن عِنانِ الدابةِ؛ لأن الفارسَ يُمْسِكُ العِنانَ بإحدى يدَيْهِ ويتصرَّفُ بالأُخْرى؛ فكذلك الشريكُ شارَكَ في بعضِ مالِه ويَنْفَرِدُ بالتصرُّفِ في الباقِي، وإذا لم تكن المساواةُ مِن شَرْطِها كما كان شَرْطًا في المفاوضةِ جاز التفاضُلُ.

قال: ويَجوزُ أن يَتساوَيا في المالِ ويَتفاضَلا في الرِّبْحِ.

وقال زفرُ: لا يَجوزُ[1]. وبه قال الشافعيُّ[2].

لنا: ما رُوِي [3]عن عليٍّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ[3]، أنه قال: «الرِّبْحُ على ما شَرَطا، والوَضِيعةُ[4] على قدْرِ المالَيْنِ»[5]. ولم يَفْصِلْ؛ ولأن ما جاز أن يُستَحَقَّ به الربحُ في المضاربةِ جاز أن يُستَحَقَّ به في الشركةِ، أصلُه المالُ.

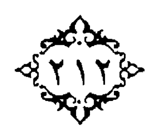
(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ٩)، و«العناية» (٦/ ١٧٧)، و«البناية» (٧/ ٣٩٧).

(٢) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٤٧٦)، و«المهذب» (٢/ ١٥٧)، و«بحر المذهب» (٦/ ١٤).

(٣-٣) في (ل): «عن النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ».

(٤) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٠): «الوَضِيعة بالواو، والضاد المعجمة، والياء آخر الحروف، والعين المهملة، وهاء التأنيث: فعيلة بمعنى الحط». ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٠٠).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠٣٣٦) من طريق أبي الحصين، عن علي. قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٤٧٥): «غريب جدًّا، يعني: مرفوعًا، ويوجد في بعض كتب الأصحاب من قول علي». وينظر: «المبسوط» (١١/ ١٥٦).



وجْهُ قولِ زفرَ: أنه عدَل بالربحِ عن التقسيطِ على قدْرِ المالِ فوجَب أن تَبْطُلَ الشركةُ، أصلُه إذا شرَطا كلَّ الربحِ لأحدِهما.

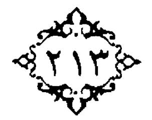
قيل له: إذا شرَطا[1] جميعَ الربحِ لأحدِهما فقد أخرَجا[2] العقدَ عن موضوعِ الشركةِ فصار نصيبُ شريكِه قَرْضًا، ومتى شرَطا مقدارًا مِن الربحِ، فلم يُخرِجاه عن موضوعِ الشركةِ، فلم يَبْطُلْ معْنى الشركةِ فيه، يُبَيِّنُ ذلك أن في المضاربةِ لو شَرَطا جميعَ الربحِ لأحدِهما بطَل معْنى المضاربةِ، فإن شرَط[3] لربِّ المالِ صار المضارِبُ مُبْضِعًا[4]، وإن شرَط للمضارِب كان ربُّ المالِ مُقْرِضًا، ولو تفاضَلا في الربحِ لم يَخْرُجِ العقدُ عن موضوعِ المضاربةِ كذلك في مسألتِنا، ولهذا أيضًا لم يَصِحَّ أن يتفاضَلا في الربحِ في شركةِ المفاوَضةِ على أصلِنا؛ لأنه يؤدِّي إلى فسادِ الشركةِ؛ ألا ترَى أن الربحَ إذا حصَل في يدِه صار مالُه أكثرَ مِن مالِ صاحبِه فزالتِ المساواةُ، وذلك يُبْطِلُ المفاوضةَ[5].

قال: ولا يَصِحُّ إلا بما بيَّنَّا أن المفاوضةَ تَصِحُّ به.

يعني: بالدراهمِ، والدنانير، والفلوسِ، ولا تَصِحُّ بالعُرُوضِ؛ لأنها لو صحَّتْ بالعُرُوضِ جاز أن يستَحِقَّ أحدُهما برأسِ مالِه جميعَ الربحِ وزيادة، وهو أن يكونَ رأسُ مالِ أحدِهما عَرَضًا يُساوِي مئةً يومَ العقدِ ومئتينِ يومَ المفاضَلةِ،

---

(١) في (أ٢، ح٢، ر، س، ض، ي): «شرط».
(٢) في (ر، ض): «أخرج».
(٣) في (ر): «شرطاه»، وفي (س): «شرطا».
(٤) استبضعتُ الشيء جعلتُه بضاعةً لنفسِي، وأَبْضَعتُه غيري بالألف جعلتُه له بضاعة. ينظر: «المصباح المنير» (١/ ٥٠).
(٥) كتب في حاشية (س): «ويجوز أن يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض».



ورأسُ مالِ الآخَرِ يُساوِي مئة يومَ العقدِ وخمسينَ يومَ المفاضَلةِ، فيستَحِقُّ أحدُهما برأسِ مالِه مئتينِ والآخَرُ خمسينَ، ورأسُ مالِهما كانا سواءً فاستَحَقَّ جميعَ الربحِ ونصفَ رأسِ مالِ الآخَرِ، وذلك لا يَجوزُ.

قال: ويَجوزُ أن يَشْتَرِكَا ولأحدِهما دنانيرُ وللآخَرِ دراهمُ.

وقال زفرُ: لا يَجوزُ[1]، وقال الشافعيُّ: لا تَصِحُّ الشركةُ حتى يكونَ لكلِّ واحدٍ منهما مِن جنسِ مالِ الآخَرِ، وعلى صفتِه حتى إذا اختَلَطا لم يتميَّزْ، أو لو كانت دراهمُ أحدِهما مُعرَّاة[2] لم تَصِحَّ الشركةُ[3].

وجْهُ قولِهم: أن الشركةَ تتضمَّنُ الوكالةَ، والوكالةُ تَصِحُّ على هذا الوجهِ؛ ألا تَرى أن مَن قال لرجلٍ: اشْتَرِ بألفٍ متاعًا على أنه بيننا، وأنا أَشْتَرِي بمئةِ دينارٍ متاعًا على أنه بيننا. جاز، وهذا هو مقتَضى الشركةِ، فإذا جاز في الوكالةِ؛ فجوازُه في الشركةِ أَوْلى؛ ولأن المالَيْنِ مِن جنسِ الأثمانِ فجاز أن يَنْعَقِدَ عليهما عقدُ الشركةِ، أصلُه إذا كانتا مِن جنسٍ واحدٍ وعلى صفةٍ واحدةٍ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن الشركةَ بالجنسَيْنِ تؤدِّي إلى جهالةِ الربحِ؛ لأن رأسَ المالِ عندَ القِسمةِ يُستَوفَى بالقيمةِ فيَصِيرُ ذلك بمنزلةِ الشركةِ بالعُرُوضِ فلا يَصِحُّ.

والجواب: أن هذا لا يَصِحُّ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يُمْكِنُه أن يَستَوْفِيَ مثلَ رأسِ مالِه بعَيْنِه مِن غيرِ قيمةٍ، ولا يؤدِّي ذلك إلى الجهالةِ، ولا يُمْكِنُ ذلك في

---

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ٩)، و«العناية» (٦/ ١٧٨)، و«البناية» (٧/ ٤٠٠).

(٢) في (أ٢): «معزا»، وفي (غ): «معزاه».

(٣) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٠٧)، و«الحاوي» (٦/ ٤٧٢)، و«المهذب» (٢/ ١٥٧).

العُرُوضِ فلذلك افْتَرَقا.

فإن قيل: الشركةُ في العُرُوضِ إنما لا تَصِحُّ؛ لأنها تقتَضِي[1] إلى أن يَشْتَرِكَا في ربحِ مالِ أحدِهما، وهو أن يَرْبَحَ أحدَ المالَيْنِ دُونَ الآخَرِ، وهذا المعنى موجودٌ.

قيل له: الربحُ يتعيَّنُ بالشراءِ، وما يَشْتَرِيه بأحَدِ المالَيْنِ بينَهما، ويثبُتُ مثلُ نصفِ الثمَنِ عليه فيَحْصُلُ الربحُ في مالِه.

قال: وما اشْتَراه كلُّ واحدٍ منهما للشركةِ طُولِب بثمنِه دُونَ الآخَرِ.

وذلك لأن هذه الشركةَ لا تتضمَّنُ الكفالةَ، وإنما تَنْعَقِدُ على الوكالةِ خاصةً، والذي اشْتَراه بعضُه لنفسِه، فلَزِمه ثمنُه أيضًا؛ لأن حقوقَ العقدِ تتعلَّقُ بالعاقِدِ دُونَ المعقودِ له، فلم تتوجَّهِ[2] المطالبةُ إلى الشريكِ الآخَرِ.

قال: ثُمَّ يَرْجِعُ على[3] شريكِه بِحِصَّتِه منه.

يعني: إذا قضاه مِن مالِه (٤دُونَ مالِ الشركةِ؛ وذلك لأنه دفَع الثمنَ بوكالةٍ، والوكيلُ إذا دفَع الثمنَ مِن مالِه٤) رجَع به على موكِّلِه، كذلك في مسألتِنا.

قال: وإذا هلَك مالُ الشركةِ أو أحدُ المالَيْنِ قبْلَ أن يَشْتَرِيَا شيئًا بطَلَتِ الشركةُ.

وذلك لأن الشركةَ تعيَّنَتْ في المالَيْنِ، وهلاكُ المعقودِ فيه يُبْطِلُ العقدَ، وهذا موجودٌ في هلاكِ أحدِهما أيضًا فتَبْطُلُ الشركةُ، وإذا بطَلَتْ فيه بطَلَتْ فيما

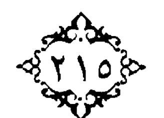
---

(١) في (أ٢، غ): «تقضي»، وفي (ض، ع): «تفضي».

(٢) في (ر، ع): «يبق وجه».

(٣) في (ع): «إلى».

(٤-٤) ما بين القوسين ليس في (غ، ل).



يُقابِلُه؛ لأن صاحبَه لم يَرْضَ بمشاركتِه في مالِه إلا بشرْطِ أن يَشْرَكَه في مالِه أيضًا، وقد عُدِم هذا الشرْطُ فبطَلَتِ الشركةُ فيهما.

قال: وإن اشتَرى أحدُهما بمالِه، وهلَكَ مالُ الآخَرِ قبْلَ الشراءِ، فالمشتَرى بينَهما على ما شرَطا، ويَرْجِعُ على شَريكِه بحِصَّتِه مِن ثمنِه.

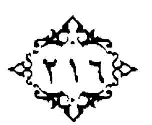
وهذا الذي ذكَره على وجْهَيْنِ:

إن كانا عقدا الشركةَ وشرَطا أن الربحَ بينَهما على سِهامٍ معلومةٍ؛ مِثْلُ أن يَشْتَرِكَا على أن يَشْتَرِيا ويَبِيعا، فما كان مِن ربحٍ فهو بينَهما نِصْفَيْنِ أو أثلاثًا، فإذا هلَكَ أحدُ المالَيْنَ قبْلَ الشراءِ بطَلَتِ الشركةُ لِما بيَّنَّاه، ويكونُ ما يَشْتَرِيه الآخَرُ بمالِه له خاصةً؛ لأنه اشتراه مع زوالِ الشركةِ.

والوجْهُ الثاني: أن يَشْرُطا أن كلَّ ما يُشْتَرى بينَهما والربحُ بينَهما، فإذا هلَكَ أحدُ المالَيْنِ بطَلَت الشركةُ لِما بيَّنَّاه، فإذا اشْتَرى الآخَرُ بمالِه، فالمشتَرى بينَهما على ما شَرَطا؛ لأنهما ذكَرا الشركةَ وصرَّحا بالوكالةِ بقولِهما أن ما يَشْتَرِيه كلُّ واحدٍ بينَهما، وهلاكُ أحدِ المالَيْنِ يُبْطِلُ الشركةَ، فتَبْقَى الوكالةُ المستفادةُ بصريحِ الأَمْرِ، فإذا اشتَرى كان بينَهما بحكْمِ الوكالةِ دُونِ الشركةِ، ويَرْجِعُ على شريكِه بحصَّتِه مِن الثمنِ لِما بيَّنَّا أن الآخَرَ ملَك مِن طريقِ الوكالةِ.

ومَن قال لرجلٍ: قد وكَّلْتُكَ على أن ما يُشْتَرى بينَنا. فما اشتراه فهو على ما شرَطا، وعلى الآمرِ[1] حصتُه مِن الثمنِ؛ كذلك هذا، ويكونُ ذلك بينَهما شركةَ أَمْلاكٍ لا يَجوزُ لأحدِهما أن يتصرَّفَ في نصيبِ الآخَرِ إلا بإذْنِه؛ لِما بيَّنَّا أن

(١) في (ي): «الآخر».



المِلْكَ حصَل له بمجرَّدِ الوكالةِ دُونَ عقدِ الشركةِ، وليس للوكيلِ أن يتصرَّفَ فيما اشْتَراه إلَّا بإذْنِ موكِّلِه، كذلك هذا.

وهذا كلُّه إذا هلَك مالُ أحدِهما، ثُمَّ اشتَرى الآخرُ بمالِه، فأما إذا اشتَرى أحدُهما بمالِه، ثُمَّ هلَك مالُ الآخَرِ كان ما اشتراه بينَهما، وإن كانا لم يُصرِّحا في العقدِ بالوكالةِ؛ وذلك لأنه اشتَرى مع بقاءِ الشركةِ فملَكا المشتَرى فهلاكُ المالِ بعْدَ ذلك لا يُغَيِّرُ حكْمَ المِلْكِ.

ثم اختلَف الحسنُ بن زيادٍ، ومحمدٌ؛ فقال الحسنُ: المشتَرى بينَهما شركةُ أَمْلاكٍ لا يَجوزُ لأحدِهما أن يتصرَّفَ في نصيبِ الآخَرِ؛ لأن التصرُّفَ إنما يُستفادُ بحكْمِ الشركةِ، وقد بطَلَتْ.

وقال محمدٌ: ما اشْتَريا بينَهما على الشركةِ، وأيُّهما باعَه جاز[1]، وذلك لأن الشراءَ وقَع مع بقاءِ الشركةِ فتمَّتِ الشركةُ فيه، فهلاكُ المالِ بعدَ تمامِ الشركةِ لا يُغَيِّرُ حكْمَها ويكونُ على الآخَرِ حصتُه مِن الثمنِ على كلِّ حالٍ؛ لأنه اشتَراه له بوكالةٍ فلَزِمه ردُّ الثمنِ على الوكيلِ.

قال: وتَجوزُ الشركةُ وإن لم يَخلِطا المالَيْنِ.

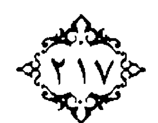
وقال زفرُ: لا تَصِحُّ الشركةُ حتى يخلِطا المالَيْنِ خلْطًا لا يتميَّزُ أحدُهما مِن الآخَرِ[2]، وبه قال الشافعيُّ[3].

---

(١) ينظر: «المبسوط» (١١/ ١٦٤)، و«العناية» (٦/ ١٨٠)، و«البناية» (٧/ ٤٠٢).

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٦)، و«المبسوط» (١١/ ١٥٢)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٦٠).

(٣) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٠٧)، و«الحاوي» (٦/ ٤٨١، ٤٨٣)، و«المهذب» (٢/ ١٥٧)،



وجْهُ قولِهم: أن الخلطَ معْنًى إذا حصَل في مِلْكِ الغيرِ أَوْجَب الضمانَ فلا تَقِفُ الشركةُ عليه، أصلُه الاستهلاكُ؛ ولأن الخلْطَ إذا حصَل، ثُمَّ ابتاعا بالمالِ شيئًا كان ذلك بينَهما مِن غيرِ عقدٍ، فلو شَرَطْنا الخلْطَ صار وجودُ العقدِ وعدمُه سواءً على قولِ المخالِفِ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن الشركةَ مأخوذةٌ مِن الاختلاطِ، وهذا المعْنى لا يُوجَدُ مع تمييزِ أحدِ المالَيْنِ مِن الآخَرِ.

الجوابُ: أن الاختلاطَ موجودٌ في المقصودِ مِن الشركةِ، وهو الربحُ؛ لأن المشتَرى يَقَعُ مشْتَرَكًا، والزيادةُ في ذلك غيرُ متميِّزةٍ، فقد وُجِد معْنى الاختلاطِ فيها.

قال: ولا تَصِحُّ الشركةُ إذا شرَطا لأحدِهما دراهمَ مُسمَّاةً مِن الربحِ.

وذلك لأن هذا الشرطَ يؤدِّي إلى أن يستحِقَّ أحدُهما جميعَ الربحِ، ومِن حقِّ الشركةِ أن يكونَ الربحُ فيها مشتَرَكًا[1]؛ ألا ترى أنه يَجوزُ أن لا يَرْبَحَ غيرَ ما سَمَّيَا، وما أدَّى إلى رفْعِ مقتَضى العقدِ لا يَصِحُّ شَرْطُه.

قال: ولكلِّ واحدٍ مِن المُفاوضِ[2] وشريكِ[3] العِنانِ أن يُبْضِعَ[4] المالَ ويَدْفَعَه مُضاربةً، ويُوكِّلَ مَن يتصرَّفُ فيه.

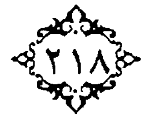
و«التهذيب» (٤/ ١٩٦)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٢٧٧).

(١) كذا على الجادة في (ر)، وفي (س): «مشتركة».

(٢) في (ج، ض، غ، ل): «المفاوضين»، وفي (ي): «المتفاوضين»، وأشار في حاشية (ح) أنها كذلك في نسخة.

(٣) في (ج، غ، ل، ي): «شريكي».

(٤) قال في حاشية (ي): «أي: يعطي مال الشركة لمن يتجر فيه».



وذلك لأن الشركةَ تنعَقِدُ على عادةِ التُّجارِ، ومِن عادتِهم أن يُبْضِعُوا وأن يُوكِّلُوا فجاز له ذلك، وأما دفْعُ المالِ مُضاربةً، فذَكَر في «الأصلِ»، عن أبي حنيفةَ: أنه يَجوزُ[1]، وقال الحسنُ[2]، عن أبي حنيفةَ: ليس له ذلك[3].

وجْهُ روايةِ «الأصلِ»، وهو الصحيحُ: أن الشريكَ يَمْلِكُ أن يستأْجِرَ المضاربَ للعملِ في المالِ ببدَلٍ مضمونٍ في الذمةِ، فإذا دفَعه مضاربةً، فقد استفاد عملَه بغيرِ أَجْرٍ مضمونٍ فهو أَوْلى.

وجْهُ روايةِ الحسنِ: أن المضاربةَ شركةٌ وليس لشريكِ العِنانِ أن يُشارِكَ إلا أن يَنُصَّ له على ذلك، وهذا ليس بصحيحٍ؛ لأنه إنما لا يَجوزُ أن يُشارِكَ؛ لأنا لو جوَّزْنا له ذلك لاستفاد بحكْمِ العقدِ مثلَه، ولا يَجوزُ أن يُستفادَ بالعقدِ مثلُه، ويَجوزُ أن يُستفادَ به دُونَه، والمضاربةُ دُونَ الشركةِ، فجاز أن تُستفادَ بمقتَضى الشركةِ، وإن لم يُستَفَدْ بمقتَضاها مثلُها، يُبَيِّنُ ذلك أن المضاربَ لا يَجوزُ أن يدْفَعَ المالَ مضاربةً، ويَجوزُ أن يوكِّلَ في المالِ لما كان التوكيلُ دُونَ المضاربةِ، كذلك في مسألتِنا.

وقد قالوا: كلُّ شيءٍ يَجوزُ للمضارِبِ أن يَعْمَلَه في مالِ المضارَبةِ فللشريكِ أن يَفْعَلَه في مالِ الشركةِ[4]؛ لأن تصرُّفَ الشريكِ أقوى مِن تصرُّفِ المضارِبِ وأَعَمُّ، فما جاز للمضارِبِ فأَوْلى أن يَجوزَ للشريكِ.

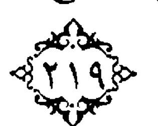
---

(١) ينظر: «الأصل» (٤/ ٦١).

(٢) بعده في (ي): «بن زياد».

(٣) ينظر: «المبسوط» (١١/ ١٧٦)، و«المحيط البرهاني» (٦/ ٢٠).

(٤) ينظر: «النتف» (ص ٥٤٢)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٦٩).



قال: ويدُه في المالِ يدُ أمانةٍ.

وذلك لأنه قبَض المالَ بإذْنِ مالِكِه لا على وجْهِ البدَلِ[1] والوثيقةِ[2]، فلا يكونُ مضمونًا[3] عليه كالوديعةِ.

قال: وأما شركةُ الصنائعِ فالخيَّاطانِ والصبَّاغانِ يَشْتَرِكانِ على أن يتقبَّلَا الأعمالَ[4] ويكونَ الكسبُ بينَهما، فيَجوزُ ذلك.

وقال الشافعيُّ: لا تَجوزُ هذه الشركةُ، وهي باطِلةٌ[5].

لنا: أن الناسَ في سائرِ الأعصارِ يَعْقِدُون هذه الشركةَ، وقد قال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَا رَآهُ المسلِمُونَ حَسَنًا فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ حَسَنٌ، ومَا رَآهُ المسلِمُونَ سَيِّئَةً[6] فَهُوَ عِنْدَ اللَّهِ سَيِّئَةٌ[7]». ولأن ما يُستَحَقُّ به الربحُ في المضاربةِ يَجوزُ أن

---

(١) قال في حاشية (ح): «أخرج البدل على سوم الشراء».

(٢) كتب بين الأسطر في (ح): «أخرج المرهون».

(٣) قال في حاشية (ح): «لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ليس على من قاسم الربح ضمان». يعني: المضارب والشريك. شرح تكملة».

والحديث لم أهتد إليه مرفوعًا. وإنما أخرجه عبد الرزاق (١٥١١٣) من طريق عبد اللَّه بن الحارث، عن علي موقوفًا: «مَن قاسَمَ الرِّبْحَ فلا ضَمَانَ عليه».

(٤) في (أ٢، ح، ح٢، ض، ع): «بالأعمال».

(٥) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٤٧٩)، و«المهذب» (٢/ ١٥٨)، «نهاية المطلب» (٧/ ٢٣)، و«بحر المذهب» (٦/ ١٠)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٢٧٩).

(٦) في (ج، ي): «سيئًا».

(٧) في (ي): «سيئ».

والحديث قال عنه الزيلعي: «غريب مرفوعًا، ولم أجده إلا موقوفًا على ابن مسعود». =



يُستَحَقَّ به الربحُ في الشركةِ كالمالِ.

فإن قيل: عقَدا شركةً على أن يُشارِكَ كلُّ واحدٍ منهما صاحبَه في فائدةِ كسْبِه المنفَرِدِ به، فوجَب أن تكونَ باطلةً، أصلُه الشركةُ في الاصطيادِ.

قيل له: الوصفُ غيرُ مُسلَّمٍ؛ لأن ما يتقبَّلُه كلُّ واحدٍ منهما يَلْزَمُه نصفُ العمل ونصفُه يَلْزَمُ شريكَه؛ لأنه وكَّلَه في تَقَبُّلِ العملِ له، فإن عَمِلا فكلُّ واحدٍ يستَحِقُّ فائدةَ عملِه فهو كسبُه، وإن انفَرَد أحدُهما بالعملِ، فقد أعان شريكَه فيما لَزِمه فوقَع عملُه له فكأنَّ شريكَه استعان بأجنبيٍّ حتى عَمِل.

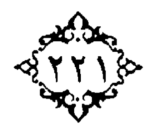
والمعنى في الأصلِ أن الشركةَ لو صحَّتْ استَحَقَّ كلُّ واحدٍ منهما كسبَ الآخَرِ مِن غيرِ مالٍ، ولا عملٍ، ولا ضمانٍ، والربحُ في الشريعةِ لا يُستَحَقُّ إلا بأحدِ هذه الوجوهِ، وفي مسألتِنا يُستَحَقُّ بعضُ الكسبِ بالضمانِ؛ لأنه وكَّله[1] بالتقبُّلِ فضَمِن الموكِّلُ العملَ فاستَحَقَّ بعضَ بدَلِه بضمانِه، وقد فرَّق أصحابُنا بينَهما بفَرْقٍ آخرَ ذكَره محمدٌ، وهو أن الشركةَ تَنْعَقِدُ فيما تَصِحُّ فيه الوكالةُ[2]، فإذا اشترَكا في الصنعةِ فكلُّ واحدٍ وكيلٌ في التقبُّلِ، فلما وقعتِ الشركةُ فيما يَصِحُّ فيه التوكيلُ صحَّتْ.

وأما الشركةُ في الاصطيادِ فالشركةُ فيه على وجْهٍ لا يَصِحُّ التوكيلُ فيه؛

وقد أخرجه أحمد (٣٦٠٠)، ومن طريقه الحاكم (٣/ ٧٨) عن ابن مسعود موقوفًا. قال الحاكم: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه، وله شاهد أصح منه إلا أن فيه إرسالًا». وحسن الحافظ إسناده. ينظر: «علل الدارقطني» مسألة (٧١١)، و«نصب الراية» (٤/ ١٣٣)، و«الدراية» (٢/ ١٨٧).

(١) في (أ٢، ي): «وكيله».

(٢) ينظر: «التجريد» (٦/ ٣٠٣٩).



لأنه لو قال له: وكلتُكَ على أن تَصْطادَ لي. فاصطادَ كان ذلك كلُّه للوكِيلِ دُونَ الموكِّلِ، فلمَّا لم تَصِحَّ الوكالةُ على هذا الوجْهِ لم تَصِحَّ الشركةُ على ذلك، وإذا ثبَت جوازُها كان الكسبُ بينَهما على ما شرَطا كشركةِ المالِ.

قال: وما يتقبَّلُه كلُّ واحدٍ منهما مِن العملِ يَلْزَمُه ويَلْزَمُ شريكَه.

وذلك لأن الشركةَ تتضمَّنُ الوكالةَ، وكلُّ واحدٍ منهما وكيلٌ لصاحبِه في نصفِ ما يتقبَّلُه، فيَلْزَمُه.

قال: فإن عَمِلَ أحدُهما دُونَ الآخَرِ فالكسْبُ بينَهما بالضمانِ[1].

وذلك لأن العملَ استَحَقَّ عليهما بالعقدِ، فإذا انفرَد به أحدُهما كان مُعِينًا لصاحبِه في نصفِ العملِ، والأَجْرُ[2] إنما يكونُ لِمَن لَزِمه العملُ بالعقدِ، الدليلُ عليه القَصَّارُ إذا استعان برجلٍ في القِصارةِ، فإنَّ الأجرةَ للقَصَّارِ لالتزامِه العملَ بالعقدِ، كذلك هاهنا تكونُ الأُجرةُ لهما لِما لَزِمهما العملُ بالعقدِ.

قال: وأما شركةُ الوجوهِ، فالرجلانِ يَشتركانِ ولا مالَ لهما على أن يَشْتَرِيَا بوجوهِهما ويَبِيعا، فتَصِحُّ الشركةُ على هذا، وكلُّ واحدٍ منهما وكيلُ الآخَرِ فيما يَشْتَرِيه.

وقال الشافعيُّ: هذه الشركةُ باطلةٌ[3].

---

(١) في (ح): «نصفان»، وأشار في حاشيتها أنه كالمثبت في نسخة، وفي (نسخة مختصر القدوري): «نصفين». والذي في (ح) هو الموافق لما في «الجوهرة النيرة (١/ ٢٩٨)، و«اللباب» (٢/ ١٢٨).

(٢) في (أ٢، ح٢، ر، ض، ع، غ، ي): «الآخر».

(٣) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٤٧٧)، و«المهذب» (٢/ ١٥٩)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٢٨٠).



والدليلُ على جوازِها ما ذَكَرْناه في شركةِ الصنائعِ؛ ولأنها نوعُ شركةٍ، فوجَب أن يكونَ فيها ما يَصِحُّ كشركةِ الأموالِ.

فإن قيل: لو اشتَريا[1] ابتداءً بالمالِ فهلَك، بطَلَتِ الشركةُ، فإذا عقداها بغيرِ مالٍ وجَب أن لا تَنْعَقِدَ؛ ألا ترى أنهما لو تَبايعا فهلَك المبيعُ بطَل العقدُ، ولو تَبايَعا مَبيعًا مَعْدُومًا لم يَنْعَقِدْ.

قيل له: لو وكَّله أن يَشْتَرِيَ له بدراهمَ سلَّمها فهلكَتْ بطَلَتِ الوكالةُ، ولو وكَّله ابتداءً بالشراءِ ولم يدْفَعْ إليه مالًا صحَّتِ الوكالةُ، كذلك الشركةُ؛ وإنما افْتَرَقا؛ لأنه إذا عيَّن المالَ، فلم يَرْضَ أن يَثْبُتَ في ذِمَّتِه مطالبةٌ، وإنما رَضِي بإثباتِ الحقِّ في المالِ المعيَّنِ، فلو لم تَبْطُلِ الشركةُ والوكالةُ بالهلاكِ ثبَت له الثمنُ في ذِمَّتِه، ولم يَرْضَ بهذا المعْنى، وإذا وكَّله أو شارَكه بغيرِ مالٍ، فقد رَضِي بإثباتِ الحقِّ في ذِمَّتِه والرجوعِ عليه، فلذلك جاز أن يَنْعَقِدَ.

وإنما سُميتْ هذه الشركةُ شركةَ وجوهٍ؛ لأنه لا يَشتَرِي بالنسيئةِ إلا مَن له وجهٌ عند الناسِ.

وقولُه: وكلُّ واحدٍ منهما وكيلُ الآخَرِ فيما يَشْتَرِيه. صحيحٌ؛ لأن التصرُّفَ على[2] الغيرِ لا يَصِحُّ إلا بولايةٍ أو وكالةٍ، فلما جاز تصرُّفُ أحدِ الشريكَيْنِ على الآخَرِ، ولا ولايةَ عليه، دلَّ[3] أنه وكيلٌ له.

---

(١) في (ح): «اشتركا».

(٢) بعده في (س): «مال».

(٣) بعده في (أ٢، ي): «على».



قال: فإن شرَطا أن يكونَ المشتَرى بينَهما نصفَيْنِ، فالربحُ كذلك، ولا يَجوزُ أن يتفاضَلا فيه، ولو شرَطا أن يكونَ المشتَرى بينَهما أثْلاثًا فالربحُ كذلك.

والأصلُ في هذا أن الربحَ في الشركةِ يُستَحَقُّ إما بالمالِ، أو بالعملِ، أو بالضمانِ، ولا يُستَحَقُّ بغيرِ ذلك؛ بدليلِ أن مَن قال لرجلٍ: تصرَّفْ في مالِكَ على أنَّ لي رِبْحَه. لم يَجُزْ لعدمِ هذه المعاني.

والدليلُ على استحقاقِه بالمالِ والعملِ إجماعُهم على جوازِ المضارَبةِ، وربُّ المالِ يستَحِقُّ الربحَ فيها بمالِه، والمضارِبُ يستَحِقُّ الربحَ بعملِه.

وأما الدليلُ على استحقاقِ الربحِ بالضمانِ: «فنَهْيُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن ربحِ ما لم يُضْمَنْ»[1]، وفي ذلك تنبيهٌ على أن ما ضُمِن يَطِيبُ رِبْحُه، وإذا ثبَت هذا، قلنا: الربحُ في شركةِ الوجوهِ يُستَحَقُّ بالضمانِ؛ لأنها منعَقِدةٌ على الضمانِ، فلا يلْزَمُ واحدٌ[2] منهما[3] زيادةً على ما ضَمِنه، والذي ضَمِن ثمنَه هو ما حصَل له مِلْكُه بعقدِه أو عقدِ وكيلِه، فلهذا كان الربحُ على قدْرِ ما ملَك كلُّ واحدٍ مِن المشتَرى.

وقد قالوا: إنهما في جميعِ ما يَجِبُ لهما، وما يَجِبُ عليهما، وما يَجوزُ فيه

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٠٤)، والترمذي (١٢٣٤)، والنسائي (٤٦٤٤)، وفي «الكبرى» (٦٢٢٦) من طريق أيوب، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن عبد اللَّه بن عمرو. وقال الترمذي: «حسن صحيح». ينظر: «نصب الراية» (٤/ ١٨).

(٢) في (ر): «واحدًا».

(٣) هنا يبدأ خرم في (ح٢) ينتهي عند قول المصنف: «يستَحِقُّ به شيئًا مِن الربحِ»، تحت قول الماتن: «ومِن شرطِها أن يكونَ الربحُ بينَهما مُشاعًا...».



فِعْلُ أحدِهما على شريكِه، وما لا يَجوزُ، بمنزلةِ شَرِيْكَي العِنانِ[1]؛ وذلك لأنهما أَطْلَقا الشركةَ، والشركةُ المطلَقةُ تقتَضِي العِنانَ[2].

قال: ولا تَجوزُ الشركةُ في الاحتطابِ والاصطيادِ، وما صادَه كلُّ واحدٍ منهما أو احتَطَبه، فهو له دُونَ صاحبِه.

وذلك لأن الحطبَ والصيدَ مباحٌ لا يُملَكُ إلا بالحيازةِ، والوكالةُ لا تَصِحُّ بذلك؛ ألا تَرى أنه لو وكَّل رجلًا لِيَصطادَ له لم تَصِحَّ الوكالةُ، وإذا لم تَصِحَّ الوكالةُ لم تَصِحَّ الشركةُ؛ لأنها تتضمَّنُ الوكالةَ، وإذا لم تَصِحَّ الشركةُ كان ما صاده كلُّ واحدٍ منهما له خاصةً؛ لأنه انفَرَد بحيازَتِه.

قال: وإذا اشتَركا ولأحدِهما بَغْلٌ وللآخَرِ رَاوِيةٌ يَسْتَقِي عليها الماءَ، والكسْبُ بينَهما لم تَصِحَّ الشركةُ والكسبُ كلُّه للذِي استَقَى، وعليه أَجْرُ مِثْلِ الراوِيةِ إن كان صاحِبَ البَغْلِ، وإن كان صاحِبَ الراويةِ فعليه أَجْرُ مِثْلِ البَغْلِ.

أما فسادُ الشركةِ، فلأنَّ الماءَ مُباحٌ فلا تَصِحُّ الشركةُ فيه، ويكونُ لِمَن أَخَذه كالاصطيادِ، وأما وجوبُ أَجْرِ المِثْلِ، فلأنه استَوْفى منافعَ البَغْلِ أو الراويةِ بعقدٍ فاسدٍ، فكان عليه أَجْرُ مِثْلِه.

وقد قالوا: لو أن رجلَينِ لأحدِهما بعيرٌ وللآخَرِ بَغْلٌ فاشتَركا على أن يُؤاجِرَ ذلك، فما رَزَق اللَّهُ تعالى فهو بينَهما، فأَجْراهُما جميعًا بأَجْرٍ معلومٍ في عَمَلٍ معلومٍ،

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١١)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٧٧)، و«مجمع الضمانات» (ص ٣٠٣).

(٢) في (ي): «العيان».



فإن هذا فاسدٌ ويُقْسَمُ الأجْرُ بينَهما على مِثْلِ أَجْرِ البَغْلِ ومِثْلِ أَجْرِ البَعِيرِ[1].

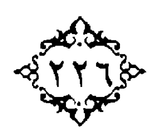
وإنما فسَدتْ هذه الشركةُ؛ لأن الوكالةَ لا تَصِحُّ على هذا الوجْهِ؛ ألا ترى أن رجلًا لو قال: أَجِّرْ بعيرَكَ على أنَّ أَجْرَه[2] بينَنا. لم يَصِحَّ فكذلك الشركةُ، وإذا فسدتِ الشركةُ فالإجارةُ صحيحةٌ؛ لأنها وقعَتْ على منافعَ معلومةٍ ببدَلٍ معلومٍ، ومِن حكْمِ الأُجْرةِ أن تَنْقَسِمَ على قيمةِ المنافِعِ، كما يَنْقَسِمُ الثمَنُ على قيمةِ المبيعَيْنِ المختَلِفَيْنِ، ولو كانا تقبَّلا حمولةً معلومةً بأَجْرٍ[3] معلومٍ، ولم يُؤَجِّرِ البَغْلُ والبَعِيرُ فحَمَلاها عليهما فالأَجْرُ بينَهما نِصْفَيْنِ؛ وذلك لأن الحمْلَ صار مضمونًا عليهما بالعقدِ، فكان البدَلُ بينَهما على قدْرِ الضمانِ، وقد تساوَيا في[4] الضمانِ، ولا معتبَرَ بزيادةِ حمْلِ البعيرِ على البَغْلِ، كما لا معتبَرَ في شركةِ الصنائعِ بكثرةِ عملِ أحدِهما.

ولو أن قصَّارًا له أداةُ القَصَّارِينَ، وقصارٌ له بيتٌ اشتَركا على أن يَعْمَلا بأداةِ هذا في بيتِ هذا، على أن الكسْبَ بينَهما نصفانِ كان ذلك جائزًا.

وكذلك الصاغةُ، والخيَّاطُونَ، والصبَّاغُون؛ وذلك لأن الكسْبَ هاهنا بدَلٌ عن العملِ، وقد صار العملُ مضمونًا عليهما فبَدَلُه لهما، وأحدُهما مُعِين للآخَرِ بنصفِ الآلةِ، والآخَرُ مُعِينٌ له بنصفِ الدُّكانِ.

وقد قالوا: لو أن رجلًا دفَع دابَّةً إلى رجلٍ ليُؤَجِّرَها على أن الأَجْرَ[5] بينَهما

(١) ينظر: «الأصل» (٤/ ١١٦)، و«المبسوط» (١١/ ٢١٨)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٦).
(٢) في (س، ل): «الأجرة»، وفي (ي): «أجرته».
(٣) في (ي): «ببدل».
(٤) بعده في (ي): «قدْر».
(٥) في (س): «الأجرة».



كان ذلك فاسدًا، والأَجْرُ لصاحبِ الدابَّةِ وللآخَرِ أَجْرُ مثلِه؛ وكذلك في السفينةِ والبيتِ؛ وذلك لأن الوكالةَ على هذا الوجْهِ لا تَصِحُّ، فلم تَصِحَّ الشركةُ، والأجرةُ لصاحبِ الدابَّةِ؛ لأن العاقدَ عقَد على مِلْكِ غيرِه بأَمْرِه، وللآخَرِ أَجْرُ مثْلِه؛ لأن صاحبَ الدابَّةِ استَوْفى منافِعَه بعقدٍ فاسدٍ.

ولو دفَع إليه الدابةَ لِيَبيعَ عليها البُرَّ[1] على أن الربحَ بينَهما نصفانِ كان فاسدًا لِما ذكَرْناه، والكسْبُ لصاحبِ المتاعِ؛ لأنه حصَل للعامِلِ بعقدِه وبربحِ مالِه، وقد استَوْفى منفعةَ الدابةِ بعقدٍ فاسدٍ، فكان عليه أَجْرُ مثْلِها.

قال: وكلُّ شركةٍ فاسدةٍ فالربحُ فيها على قدْرِ[2] المالِ، ويَبْطُلُ شرْطُ التفاضُلِ.

وذلك لأن الربحَ تابعٌ للمالِ ويُستَحَقُّ على قدْرِه، والزيادةُ على ذلك إنما تُستَحَقُّ بالتسميةِ، والتسميةُ لا تثْبُتُ في العقدِ الفاسدِ، فصار كأنهما لم يَشْرُطا شيئًا فيَبْقَى الاستحقاقُ على قدْرِ رأْسِ المالِ.

قال: وإذا مات أحدُ الشريكَيْنِ أو ارتدَّ ولَحِق بدارِ الحرْبِ بطَلتِ الشركةُ.

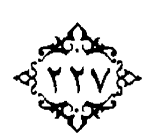
يعني: إذا حُكِم بِلحاقِه؛ وذلك لأن التصرُّفَ في الشركةِ إنما هو مستفادٌ مِن طريقِ الأَمْرِ، وقد انقَطَع أَمْرُ الميتِ فبَطَلَتِ الشركةُ، وأما المرتدُّ إذا حُكِم بِلِحاقِه، فهو بمنزلةِ الميتِ بدليلِ أنه يُقْسَمُ مالُه بينَ ورثتِه، وإذا كان ذلك بمنزلةِ الموتِ بطَلتِ الشركةُ.

قال: وليس لواحدٍ مِن الشريكَيْنِ أن يؤدِّيَ زكاةَ مالِ الآخَرِ إلا بإذْنِه.

---

(١) في (س، ل): «البز».

(٢) بعده في (ج، ي): «رأس».



وذلك لأن أداءَ الزكاةِ مِن شرْطِه النيةُ، فإذا فعَلها أحدُهما عن الآخَرِ بغيرِ أَمْرِه لم يَسْقُطْ عنه لعدمِ النيةِ.

قال: فإنْ أَذِن كلُّ واحدٍ منهما لصاحبِه أن يؤدِّيَ زكاتَه، فأدَّى كلُّ واحدٍ منهما فالثاني ضامِنٌ؛ عَلِم بأداءِ الأوَّلِ أو لم يَعْلَمْ.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يَضْمَنُ إذا لم يَعْلَمْ[1].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنه أَمَره بأنْ يؤدِّيَ زكاتَه فإذا أدَّاها الآمِرُ سقَطَتْ عنه؛ فيكونُ أداءُ الثانِي لغيرِ ما أَمَره به فيَضْمَنُ، ولا يُشْبِهُ إذا أَمَره بقضاءِ دَيْنِه فأدَّاه بعْدَ ما أدَّاه الآمِرُ أنه لا يَضْمَنُ؛ لأن الصحيحَ مِن المذهبِ أن يكونَ مثلَ هذا.

وإن قُلْنا: لا يَضْمَنُ فالفَرْقُ بينَهما هو أنه أَمَره في قضاءِ الدَّيْنِ بدفْعٍ مضمونٍ، وقد فعَل ذلك فلا يَلْزَمُه الضمانُ، وفي مسألتِنا أَمَره بأن يدْفَع الزكاةَ، ولم يَفْعَلْ ذلك فلَزِمه الضمانُ.

بيانُ هذا: أن الدَّيْنَ ثابتٌ في الذِّمَّةِ؛ وذلك لا يُمْكِنُ تسليمُه، وما يُدْفَعُ على وجْهِ القضاءِ يَصِيرُ مضمونًا على القابِضِ، ثُمَّ يَصِيرُ الضمانُ بالضمانِ قِصاصًا.

وجْهُ قولِهما: أنه أَمَره بدفْعِ قدْرٍ معلومٍ إلى الفقراءِ، وقد فعَل ذلك فلا يَلْزَمُه الضمانُ، فأما جوازُه عن الزكاةِ فليس يَقِفُ على فِعْله[2] فلا مُعْتبَرَ به.

وقد قال أصحابُنا: إذا شرَطا أن الوضيعةَ بينَهما أثلاثًا مع التساوِي في

---

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٤)، و«العناية» (٦/ ١٩٦)، و«البناية» (٧/ ٤١٨).

(٢) قال في حاشية (ح): «لأن ذلك مضاف إلى نية الآمر ولا اعتبار فيه بنية المأمور».



المالِ بطَلَ الشرْطُ وصحَّتِ الشركةُ، وكانت الوضيعةُ على قدْرِ المالِ[1]، وقال الشافعيُّ: الشركةُ باطلةٌ[2].

لنا: أن ما يَتْبَعُ رأْسَ المالِ إذا شُرِط أن لا يَتْبَعَ المالَ لم تَبْطُلِ الشركةُ، أصلُه الربحُ في المضاربةِ.

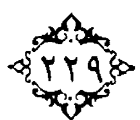
فإن قيل: شُرِط ما يُخالِفُ مقتَضى إطلاقِ الشركةِ، فصار كشرْطِ تصرُّفِهما معًا.

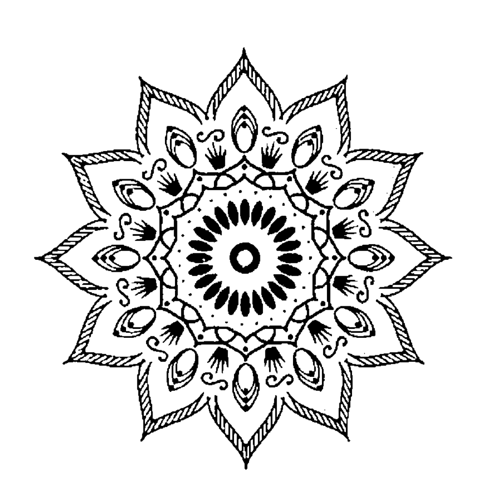
قيل له: هذا شرْطٌ يُنافِي التصرُّفَ وهو المعقودُ عليه وهاهنا شُرِط التفاضُلُ في الوضيعةِ؛ وذلك شرْطٌ في غيرِ المعقودِ عليه، فلا يُبْطِلُها.

والله أعلم

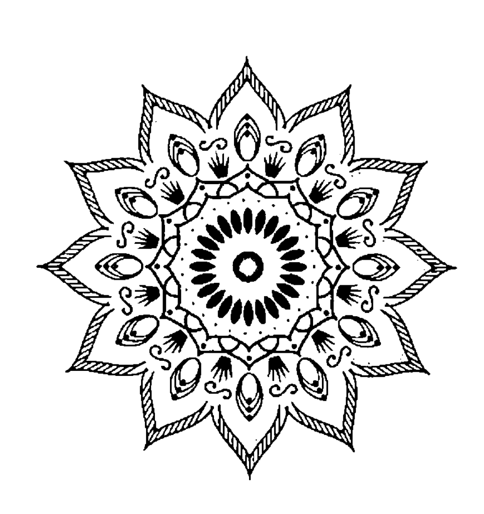
(١) ينظر: «التجريد» (٦/ ٣٠٥٨)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٧٧)، و«المحيط البرهاني» (٦/ ٣٣)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٣١٨).

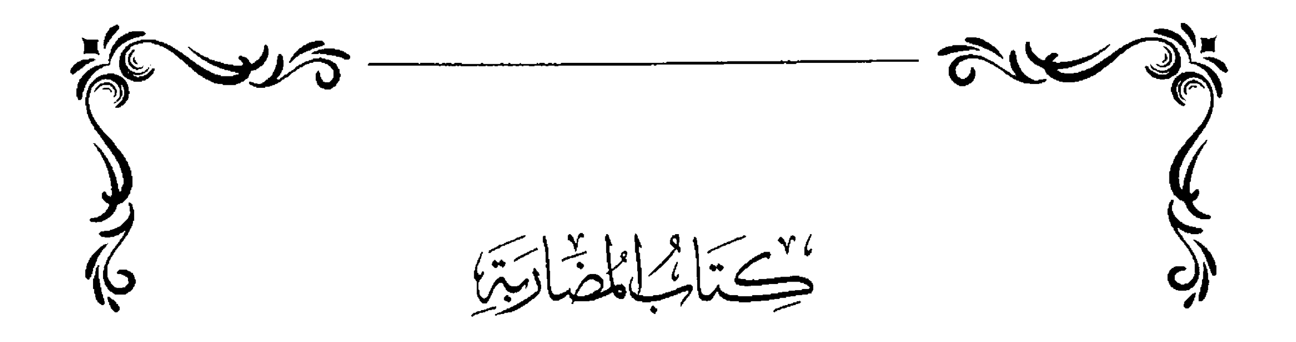
(٢) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٤٧٦)، و«المهذب» (٢/ ١٥٨)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٢٨٤).





كِتَابُ المُضَارَبَةِ





كتاب المضاربة

المضاربةُ: مشتَقَّةٌ مِن الضرْبِ في الأرضِ، وهو السفَرُ؛ وإنما سُمِّيتْ بذلك؛ لأن المضارِبَ يستَحِقُّ الربحَ بالعملِ والسعْيِ، وأهلُ المدينةِ يُسمُّونها مُقارَضةً[1].

والدليلُ على جوازِها: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بُعِث والناسُ يَعْقِدُونها فلم يُنْكِرْ ذلك كما لم يُنْكِرْ سائرَ العقودِ، ورُوِي عن عبدِ اللَّهِ بنِ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، قال: «كان العباسُ بنُ عبدِ المطَّلِبِ إذا دفَع المالَ مضاربةً اشترَط على صاحبِه أن لا يَسْلُكَ به بحرًا، ولا يَنْزِلَ به وادِيًا، ولا يشتَرِيَ به ذاتَ كبِدٍ رَطْبةٍ، وإن فعَل شيئًا مِن ذلك ضَمِن، قال: فبلَغ شرْطُه رسولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأَجازه»[2]. وعن عليٍّ[3]،

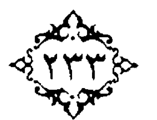
---

(١) في (س، ض، ع، غ، ل، ي): «مفاوضة»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «المبسوط» (٢٢/ ١٨)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٨٠)، و«البناية» (١١/ ٥٠٩).

وقال النسفي: «المقارضة المضاربة أيضًا، وأهل المدينة يستعملون هذه اللفظة مأخوذة من القرض وهو القطع، سمِّيت به؛ لأن رب المال يقطع رأس المال عن يده ويسلمه إلى مضاربه، وقيل: المقارضة المجازاة، فرب المال ينفع المضارب بماله، والمضارب ينفع رب المال بعمله». ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٤٨).

(٢) أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٧٦٠)، والدارقطني (٣٠٨١)، والبيهقي (٦/ ١١١) من طريق أبي الجارود، عن حبيب بن يسار، عن ابن عباس به. قال الطبراني: «لا يروى هذا الحديث عن ابن عباس إلا بهذا الإسناد. تفرد به: محمد بن عقبة». وقال البيهقي: «تفرد به أبو الجارود زياد ابن المنذر، وهو كوفي ضعيف، كذبه يحيى بن معين، وضعفه الباقون».

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٥٠٨٧)، وابن أبي شيبة (٢٠٣٣٦)، عن الشعبي، عن علي في المضاربة: =



وعمرَ[1]، وعبدِ اللَّهِ بنِ مسعودٍ[2]، وعبدِ اللَّهِ بنِ عمرَ[3]، والحسنِ بنِ عليٍّ[4] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: «أنهم دفَعوا المالَ مضاربةً».

وقد قال أصحابُنا: إن المضاربةَ[5] تشتَمِلُ على أحكامٍ مختلِفةٍ فإذا دفَع المالَ إلى المضارِبِ، فهو أمانةٌ في حكْمِ الوديعةِ؛ لأنه قبَضه بأَمْرِ المالِكِ لا على وجْهِ الوثيقةِ والبدَلِ[6].

فإذا اشترى به فهو وكالةٌ؛ لأنه تصرُّفٌ في مالِ الغيرِ بأَمْرِه، فإذا رَبِح صار شركةً؛ لأنه مَلَك جُزْءًا مِن المالِ، فإذا فسدتْ صارتْ إجارةً؛ لأن الواجِبَ فيها أجرُ المثْلِ، وذلك يَجِبُ في الإجاراتِ، فإن خالفَ المضارِبُ صار غاصِبًا؛ لأنه تعدَّى على مِلْكِ غيرِه.

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: **المضاربةُ عقْدٌ على الشركةِ بمالٍ مِن أحدِ الشريكَيْنِ، [7]وعملٌ من الآخرِ[7].**

«الوضيعة على المال، والربح على ما اصطلحوا عليه».

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١٧٨٣) عن عبد اللَّه بن حميد، عن أبيه، عن جده: «أن عمر بن الخطاب دفع إليه مال يتيم مضاربة، فطلب فيه فأصاب فقاسمه الفضل، ثم تفرَّقا».

(٢) أخرجه البيهقي في «معرفة السنن والآثار» (٨/ ٣٢٢) عن إبراهيم: «أن ابن مسعود، أعطى زيد بن خليدة مالًا مقارضة».

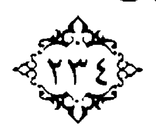
(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١٧٨٢): «أن ابن عمر كان في حجره يتيمة فزوجها، ودفع مالها إلى زوجها مضاربة».

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١٧٨٥) عن الحسن بن علي: «أنه ولي مال يتيم فدفعه إلى مولى له».

(٥) بعده في (س): «قد».

(٦) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢١)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٢٢٥)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٥٦).

(٧-٧) من (ج، ونسخة مصحح عليها في ح، ونسخة مختصر القدوري)، وهو الموافق لما في =



وهذا الذي ذكَره صحيحٌ؛ لأن عقدَ المضارَبةِ أن يَشْتَرِكا في الربحِ، ومِن جهةِ أحدِهما المالُ، ومِن جهةِ الآخرِ العملُ، فإن لم يَشْتَرِطا[1] الشركةَ في الربحِ، فليس العقدُ مضاربةً؛ ألا ترى أنهما إن شرَطا الربحَ كلَّه لربِّ المالِ كان العقدُ بِضاعةً، وإن شرَطا جميعَه للمضاربِ كان في معْنى القَرْضِ.

قال: ولا تَصِحُّ المضاربةُ إلا بالمالِ الذي بيَّنَّا أن الشركةَ تَصِحُّ به.

يعني: أنها تَصِحُّ بالدراهمِ، والدنانيرِ، والفُلُوسِ النافِقةِ، على الخلافِ الذي قدَّمْنا، وأنها لا تَصِحُّ بالعُرُوضِ، وقد بيَّنَّا جميعَ ذلك في الشركةِ، وتَصِحُّ المضاربةُ أيضًا بالزُّيُوفِ والبَهْرَجةِ؛ لأنها لا تتعيَّنُ بالعقدِ فهي كالجِيادِ؛ وكذلك تَجوزُ بالدراهمِ التي فيها غِشٌّ إذا كان الغالِبُ عليها الفضةَ[2]، وقد قال الشافعيُّ: لا يَجوزُ ذلك[3].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنها يَجوزُ التجوُّزُ بها عن ثمنِ الصرْفِ فصارتْ كالدراهمِ السُّودِ.

فإن قيل: دراهمُ مغشوشةٌ، فلا يَجوزُ المضاربةُ بها، أصلُه إذا غلَب الغِشُّ.

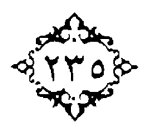
قيل له: عندَنا إذا غلَب الغِشُّ وهي نافقةٌ، يَجوزُ المضاربةُ بها على إحدى

«الجوهرة النيرة» (١/ ٢٩١)، و«البناية» (١٠/ ٨٨)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٥٢)، و«البحر الرائق» (٨/ ١٨١)، ويدل عليه ما يأتي من كلام المصنف رَحِمَهُ اللَّهُ.

(١) في (أ٢، ح، ي): «يشرط»، وفي (ج، ح، ض): «يشرطا»، وفي (ع): «يشترط».

(٢) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٥٠٣).

(٣) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٣٠٨)، و«بحر المذهب» (٧/ ٧٦)، و«التهذيب» (٤/ ٣٧٨)، و«روضة الطالبين» (٥/ ١١٧).



الروايتَيْنِ عن أبي حنيفةَ في الفُلُوسِ[1]، وإن كانت كاسدةً فالمعْنى فيها أنها ليستْ بثمنٍ، وهذا المعْنَى يَمْنَعُ المضاربةَ مِن غيرِ وجودِ غشٍّ كما يَمنَعُ جوازَها بالنُّقْرةِ.

وقد قال أصحابُنا: إذا دفَع إليه ثوبًا وقال: بِعْهُ واعْمَلْ بثمنِه مُضاربةً جاز[2].

وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ[3].

دليلُنا: أنه جعَل إليه الشراءَ بثمنِ ما جُعِل إليه بَيْعُه فجاز أن يَصِحَّ، كما لو قال: وكلْتُكَ ببيعِ هذا العبدِ وشراءِ هذا بثمنِه. والمسألةُ مَبْنِيَّةٌ على جوازِ تعليقِ الوكالةِ بالخَطَرِ.

فإن قيل: إن المضاربةَ لا تَنْعَقِدُ على مالٍ مجهولٍ، فلا تتعلَّقُ بشرْطٍ كالبيعِ.

قيل له: المقصودُ بالبيعِ[4] المِلْكُ؛ وذلك لا يَقِفُ على شرطٍ فكذلك العقدُ، والمقصودُ مِن المضاربةِ الربحُ؛ وذلك يَقِفُ على شرطٍ، فجاز أن يَقِفَ العقدُ على شرْطٍ أيضًا.

قال: ومِن شرطِها أن يكونَ الربحُ بينَهما مُشاعًا لا يستَحِقُّ أحدُهما منه دراهمَ مسمَّاةً.

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٥٩)، و«الهداية» (٣/ ٨)، و«العناية» (٦/ ١٧٠).

(٢) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٥٠٣)، ووقع في بعض المصادر لفظ: «عرضًا»، وفي بعضها: «عروضًا» بدلًا مِن: «ثوبًا». ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٨٢)، و«الهداية» (٣/ ٢٠٠)، و«العناية» (٨/ ٤٤٧)، و«البناية» (١٠/ ٤٦).

(٣) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٣٠٩)، و«بحر المذهب» (٧/ ٧٧)، و«روضة الطالبين» (٥/ ١١٧) بلفظ: «عرضًا».

(٤) في (ي): «من المبيع».



وذلك لأن المقصودَ منها الشركةُ في الربحِ، فإذا سَمَّيا لأحدِهما دراهمَ معلومةً جاز[1] أن لا يَرْبَحَ غيرَها، فيستَحِقَّ جميعَ الربحِ ويَبْطُلَ مقتَضى العقدِ، وهو الشركةُ في الربحِ، فلذلك لم يَصِحَّ.

وقد قال أصحابُنا: إن الشروطَ الفاسدةَ تُفْسِدُ المضاربةَ إذا أدَّتْ إلى جهالةِ الربحِ؛ لأن الربحَ هو المعقودُ عليه، وجهالةُ المعقودِ عليه تُوجِبُ فسادَ العقدِ[2].

فأمَّا ما لا يؤدِّي إلى جهالةِ الربحِ مِن الشروطِ، فإنه لا يُبْطِلُ المضاربةَ ولكن يُبْطِلُ الشرْطَ؛ وذلك مثلُ أن يَشْرُطا أن الوضيعةَ عليهما؛ لأن الوضيعةَ جزءٌ هالِكٌ مِن المالِ، فلا يَجوزُ أن يَلْزَمَ غيرَ ربِّ المالِ؛ إلا أنه لما لم يؤدِّ إلى جهالةِ الربحِ لم يُفْسِدِ المضاربةَ.

وقد قال أصحابُنا: إن الربحَ في المضاربةِ لا يستَحِقُّه المضارِبُ إلا بالشرْطِ[3]؛ [4]لأن ربَّ المالِ يستَحِقُّ الربحَ؛ لأنه نماءٌ مِن مالِه، فلا يَفْتَقِرُ إلى الشرطِ في استحقاقِه، ولهذا إذا فسَد الشرْطُ كان جميعُ الربحِ له، فأمَّا المضارِبُ فلا يستَحِقُّ إلا بشرْطٍ[4]، ولهذا إذا فسَد الشرْطُ لم يستَحِقَّ شيئًا مِن الربحِ؛ لأن الربحَ نَماءٌ مِن المالِ، وهو إنما يُستَحَقُّ في مقابلةِ عملِه، وعملُه لا يُتقوَّمُ إلا بالعقْدِ.

وإذا ثبَت هذا قال أصحابُنا: إذا قال: خُذْ هذه الألفَ مضاربةً على أن لك

---

(١) في (ي): «لم يصح لاحتمال».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢١)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٨٦)، و«مجمع الأنهر» (٢/ ٣٢٣).

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٥)، و«المبسوط» (٢٢/ ٨٩)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٨١).

(٤) ليس في (ح، ض).



نصفَ الربحِ أو ثلثَه. ولم يَزِدْ على ذلك فالمضاربةُ جائزةٌ[1]، وللمُضارِبِ ما شُرِط له، والباقِي لربِّ المالِ؛ وذلك لأن المضاربَ هو الذي يفتَقِرُ ما يستَحِقُّه مِن الربحِ إلى الشَرْطِ والتسميةِ، وقد وُجِد ذلك، والمسكوتُ عنه يستَحِقُّه ربُّ المالِ بمالِه[2].

ولو كان قال له: خُذْ هذه الألفَ مُضاربةً على أن لي نصفَ الربحِ، ولم يَزِدْ على ذلك، فالقياسُ أن المضاربةَ فاسدةٌ؛ لأن ربَّ المالِ شرَط لنفْسِه بعضَ الربحِ وسكَت عن الباقِي، وهو مستَحِقٌّ أيضًا لربِّ المالِ، فلم يُوجَدْ في حقِّ المضارِبِ ما يستَحِقُّ به شيئًا مِن الربحِ[3] ففسَد العقدُ.

والاستحسانُ أن تجوزَ المضارَبةُ، ويكونَ له النصفُ الآخَرُ؛ وذلك لأن عقدَ المضارَبةِ يقتَضِي الشركةَ في الربحِ، فإذا بيَّن نصيبَ نفْسِه صار كأنه سمَّى الباقِي للمضارِبِ، يُبَيِّنُ ذلك أن اللَّه تعالى لمَّا جعَل المالَ للأَبَوَيْنِ، ثُمَّ بيَّن نصيبَ الأُمِّ عُلِم أن الباقِيَ نَصِيبُ الأبِ، كذلك هاهنا.

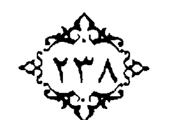
وقد قال أصحابُنا: إذا قال الرجلُ: خُذْ هذا المالَ مُضاربةً، أو مُقارضةً،

---

(١) ينظر: «الأصل» (٤/ ١٢٥)، و«المبسوط» (٢٢/ ٢٣)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٨٠).

(٢) قال في حاشية (ح): «فإن كان قال: المال؛ قال: على أن لي نصف الربح، ولك ثلثه. ولم يزد شيئًا على هذا، فالثلث للمضارب والباقي لرب المال، ولو قال على أن ما رزق اللَّه بيننا فهو جائز، ويكون بينهما نصفين، ولو دفع إليه ألفًا على أنهما شريكان في الربح، ولم يبيِّن مقدار ما لكل واحد منهما جاز، ويكون الربح بينهما نصفين. ملحق من السراج الوهاج».

(٣) هنا ينتهي الخرم المشار إليه في (ح٢)، والذي بدأ عند قول المصنف: «فلا يلْزَمُ واحدٌ منهما»، تحت قول الماتن: «فإن شرَطا أن يكونَ المشتَرى بينَهما نصفَيْنِ...».



أو مُعاملةً. فهو مُضارَبةٌ[1]، والأصلُ في هذا أن العقودَ لا يَقِفُ انعقادُها على عبارةٍ بعَيْنِها؛ وإنما تَقِفُ على ذِكْرِ معانِيها، ولهذا يَنْعَقِدُ البيعُ بلفظِ التمليكِ، والنكاحُ بلفظِ الهبةِ، فإذا ذكَر المضاربةَ فقد صرَّح بالعقدِ، والمقارضةُ صريحٌ في العقدِ أيضًا بلغةِ أهلِ الحجازِ، والمعاملةُ هو لفظٌ عامٌّ في البيعِ والشراءِ، وهذا معْنى المضاربةِ.

فكذلك إذا قال: خُذْ هذه الألفَ فاعْمَلْ بها على أنَّ ما رزَق اللَّهُ تعالى مِن شيءٍ فهو بينَنا؛ لأنه أتَى بمعْنى المضارَبةِ؛ ألا ترى أن قولَه: فاعْمَلْ بها. عامٌّ في البيع والشراءِ؛ وكذلك لو قال: خُذْ هذا المالَ فاشْتَرِ به متاعًا، فما كان مِن فضلٍ فلك النصفُ؛ لأن الفضلَ لا يَحْصُلُ إلا بالشراءِ والبيعِ فقد أتَى بمعناها.

ولو قال: خُذْ هذه الألفَ فاشْتَرِ بها حنطةً بالنصفِ. ولم يَزِدْ على هذا فاشترَى بها فهو فاسدٌ، وله أَجْرُ مثْلِه فيما اشترَى؛ وذلك لأنه لم يأْتِ بمعْنى المضاربةِ لمَّا ذكَر الشراءَ دُونَ البيعِ، وإذا لم يكن مضاربةً كان ذلك استئجارًا على الشراءِ بأَجْرٍ مجهولٍ، فيكونُ إجارةً فاسدةً فيَجِبُ أَجْرُ مثْلِه.

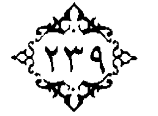
وذكَر محمدٌ في «الأصل»: إذا قال: خُذْ هذه الألفَ فاشْتَرِ بها فما كان مِن فضلٍ فهو بينَنا. أنها مضاربةٌ[2]، وهذا استحسانٌ، والقياسُ أن لا يكونَ مضاربةً؛ لأنه ذكَر الشراءَ وحدَه.

وجْهُ الاستحسانِ: أن الفضلَ لا يكونُ إلا بالبيع فكأنَّه أَذِن فيه.

---

(١) في (ي): «مضارب».

(٢) ينظر: «الأصل» (٤/ ١٢٥).



وقد قال أصحابُنا: إذا شرَط الربحَ كلَّه لربِّ المالِ فهو جائزٌ، والعقدُ في معْنى البضاعةِ، وإن شرَط جميعَ الربحِ للمُضارِبِ جاز، وهو في معْنى القَرْضِ[1].

وقال الشافعيُّ: هي مضاربةٌ فاسدةٌ[2].

لنا: أنه أَذِن له في التصرُّفِ على أن يكونَ جميعُ الربحِ له فكان قرْضًا، أصلُه إذا قال: اتَّجِرْ فيه ورِبْحُه لكَ. ولم يَقُلْ مُضاربةً، أو يقولُ: أَذِن في التصرُّفِ في المالِ على أن جميعَ الربحِ لصاحبِ المالِ، فكان بضاعةً كما لو قال: اتَّجِرْ في المالِ.

فإن قيل: لمَّا ذكَر المضاربةَ صريحًا ومِن حُكْمِها مقاسمةُ الربحِ، ثُمَّ شرَط الانفرادَ بالربحِ فقد نفَى مُوجَبَ العقدِ ففَسَد.

قيل له: الحكمُ يتعلَّقُ بمعاني العقودِ دُونَ ألفاظِها، وقد فسَّر معْنى القَرْضِ ومعْنى البضاعةِ فوجَب أن يُعْتبَرَ المعْنى الذي فسَّره دُونَ لفظِ العقدِ، كما لو قال لعبدِه: بِعْتُكَ نفْسَكَ[3] بألفٍ. كان عِتقًا ولم يُعْتبَرْ صريحُ لفظِ البيعِ؛ لأنه أَتَى بمعْنى العِتْقِ؛ كذلك هذا.

قال: ولا بُدَّ أن يكونَ المالُ مُسَلَّمًا إلى المضارِبِ لا يَدَ لِرَبِّ المالِ فيه.

وذلك لأنها أمانةٌ فلا تَتِمُّ إلا بالقبضِ كالوديعةِ؛ وإنما اعْتُبر أن لا يكونَ لربِّ المالِ فيه يدٌ، فلأن المضاربةَ فارقتِ الشركةَ في الاسمِ، فلا بُدَّ أن يُفارِقَها في

(١) ينظر: «البناية» (١٠/ ٣٦٨)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ١٥١)، و«البحر الرائق» (٥/ ١٨٨)، و«اللباب» (٢/ ١٣١)، و«الدر المختار» (١/ ٥٤٥).

(٢) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٣٣٢)، و«المهذب» (٢/ ٢٢٨)، و«بحر المذهب» (٧/ ١٠٣)، و«روضة الطالبين» (٥/ ١٢٢).

(٣) ليس في (أ٢، ح٢، س، ي).



المعْنى، والشركةُ تَصِحُّ مع بقاءِ يدِ الشريكَيْنِ في المالِ، فاختُصَّتِ المضاربةُ بزوالِ يدِ المالِكِ عن المالِ.

قال: فإذا صحَّتِ المضاربةُ مطلقةً جاز للمضارِبِ أن يَبيعَ، ويَشْتَرِيَ، ويُسافِرَ، ويُبْضِعَ، ويُوكِّلَ.

وذلك لأن المقصودَ مِن المضاربةِ تحصيلُ الربحِ؛ وذلك لا يكونُ إلا بالبيعِ والشراءِ فكأنه صرَّح بذلك، وله أيضًا أن يَشْتَرِيَ ما بدا له مِن سائرِ التجاراتِ؛ لأن مقتَضَى المضارَبةِ عامٌّ في جميع ذلك فكأنه صرَّح به.

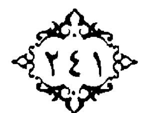
فأما السفَرُ فالمشهورُ عنهم جوازُه؛ لأن المضاربةَ مشتقةٌ مِن الضربِ في الأرضِ؛ وذلك يقتَضِي السفرَ؛ ولأنها إذن عامٌّ في التصرُّفِ فلا يختصُّ بمكانٍ دُونَ مكانٍ.

وعن أبي يوسفَ: أنه لا يَجوزُ له السفرُ بالمالِ؛ لأن فيه خطرًا فلا يَجوزُ له فِعْلُه.

وقد روَى أبو يوسفَ، عن أبي حنيفةَ: أنه إذا دفَع المالَ إليه بالكوفةِ وهما مِن أهلِها، فليس له أن يُسافِرَ بالمالِ، فإن كان الدافعُ في مصرٍ غيرِ الكوفةِ، فللمضارِبِ أن يَخرُجَ به حيثُ شاء[1].

وذلك لأن السفرَ بالمالِ خطرٌ، فلا يَجوزُ إلا بإذنِ ربِّ المالِ، أو ما يدُلُّ على الإذْنِ، فإذا دفَع إليه المالَ وهما في بلدِهما فلم يأْذَنْ له، ولا وجَد ما يدُلُّ على الإذنِ في السفَرِ فلا يَجوزُ له، وإذا دفَع إليه في غيرِ بلدِه فهو إذْنٌ؛ لأن العادةَ أن

(١) ينظر: «المبسوط» (٢٢/ ٣٩)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٧١)، و«البناية» (١٠/ ٥٢).



الإنسانَ لا يأخُذُ المضاربةَ، ويَلْتَزِمُ تَرْكَ وطنِه، فصار دفْعُ المالِ رِضًا بالرجوعِ إلى وطنِه، فتضمَّنتِ المضاربةُ السفَرَ فجاز أن يُسافِرَ حيثُ شاءَ.

وأما قولُه: ويُبْضِعُ[1] ويوكِّلُ. فلأنَّ العقدَ وقَع على عادةِ التجارِ، ومِن عادتِهم أن يُبْضِعُوا، ولأن المضاربَ يَمْلِكُ أن يستأْجِرَ مَن يَعْمَلُ في المالِ بِعِوضٍ، فإذا حصَلَ العملُ بغيرِ عِوَضٍ أَوْلَى، وله أن يُودِعَ أيضًا؛ لأنه مِن عادةِ التجارِ، وله أن يستأْجِرَ البيوتَ والآجُرَّ؛ لأنه مِن عادةِ التجارِ؛ ولأنه لا يُمْكِنُه جميعُ العملِ بنفْسِه، فلا بُدَّ له مِن الاستئجارِ.

وله أن يَبِيعَ بالنقْدِ والنسيئةِ؛ لأن الأَمْرَ[2] بالبيعِ عامٌّ؛ ولأن الوكيلَ يَجوزُ له ذلك، وتصرُّفُ المضارِبِ أعَمُّ مِن تصرُّفِ الوكيلِ.

وله أن يُوكِّلَ؛ لأنه مِن عادةِ التجارِ؛ ولأنه يَمْلِكُ التصرُّفَ بأَمْرٍ عامٍّ فمَلَكَ أن يُوكِّلَ به كالشريكِ.

وله أن يرهَنَ بدَيْنٍ عليه مِن مالِ المضاربةِ، وأن يَرْتَهِن بدَيْنٍ له؛ لأن الرهْنَ للإيفاءِ والارتهانَ للاستيفاءِ، وهو يَمْلِكُ ذلك بعقدٍ عامٍّ فكان له فِعْلُه.

وقالوا: إذا باع شيئًا فأخَّر ثمنَه عن المشتَرِي جاز، وهذا ظاهرٌ على قولِ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ؛ لأن الوكيلَ بالبيعِ عندَهما يَمْلِكُ التأخيرَ فالمضارِبُ أَوْلى، إلا أنهما قالا في الوكيلِ: إذا أخَّر ضَمِن، والمضاربُ لا يَضْمَنُ؛ لأن المضارِبَ يَمْلِكُ أن يَستَقِيلَ البيعَ، ثُمَّ يَبِيعَ بنسيئةٍ، فمَلَكَ التأخيرَ ابتداءً مِن غيرِ ضمانٍ،

---

(١) قال في حاشية (ح): «الإبضاع: هو تحصل العمل الذي يحصل منه الربح بغير عوض».

(٢) في (س): «الإذن».



والوكيلُ لا يَمْلِكُ الإقالةَ وبَيْعَه بعْدَ ذلك نسيئةً، فإذا أخَّر ضَمِن.

فأما على قولِ أبي يوسفَ: ففرَّق بينَهما في جوازِ التأخيرِ بما ذكَرْناه مِن جوازِ الإقالةِ مِن المضارِبِ والبيعِ نسيئةً وعدمِ جوازِ ذلك في حقِّ الوكيلِ[1].

وقد قالوا: لا يَجوزُ للمضارِبِ أن يستَدِينَ على المضاربةِ، وإن فعَل ذلك لم يَجُزْ على ربِّ المالِ، وذلك لأن ما يَبتاعُه المضارِبُ قيمتُه مضمونةٌ على ربِّ المالِ[2]؛ ألا تَرى أنه إذا اشتَرى برأسِ المالِ فهَلَك قبْلَ التسليمِ رجَع عليه المضارِبُ بمثْلِه؛ وإذا كان كذلك فرَبُّ المالِ لم يَرْضَ أن يَضْمَنَ إلا مقدارَ رأسِ المالِ، فلو جوَّزْنا الاستدانةَ لَزِمه ضمانُ ما لم يَرْضَ به وذلك لا يَصِحُّ، وإذا لم تَصِحَّ استدانتُه على ربِّ المالِ لَزِمه الدَّيْنُ خاصةً.

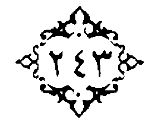
وأما إذا استدانَ بإذْنِ ربِّ المالِ فما يَستَدِينُه بينَهما شركةُ وجوهٍ؛ ألا تَرى أن المشتَرِيَ بالدَّيْنِ لا يَجوزُ أن يكونَ مضاربةً؛ لأنها لا تَصِحُّ إلا في مالٍ عَيْنٍ، وإذا لم يكن مضاربةً لم يَبْقَ إلا أن يكونَ شركةً بينَهما شركةَ وجوهٍ، وإطلاقُ الشركةِ يقتَضِي التساوِي، فلهذا كان بينَهما نِصْفَيْنِ.

وقد قالوا: ليس للمضارِب أن يأخذ سُفْتَجةً[3]؛ لأن ذلك استدانةٌ وهو لا يَمْلِكُ الاستدانةَ؛ وكذلك أيضًا لا يُعْطِي سُفْتَجةً؛ لأن ذلك قَرْضٌ وهو لا

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٨٨).

(٢) ينظر: «المبسوط» (٢١/ ١٥٥)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٩٠).

(٣) السفتجة: قيل بضم السين وقيل بفتحها، وأما التاء فمفتوحة فيهما، فارسي معرَّب، وفسرها بعضهم فقال: هي كتاب صاحب المال لوكيله أن يدفع مالًا قرضًا يأمن به مِن خطر الطريق والجمع السفاتج. ينظر: «المصباح المنير» (١/ ٢٧٨).



يَمْلِكُ القَرْضَ[1].

وكذلك لو قال له: اعْمَلْ برأْيِكَ. لم يكن له شَيءٌ مِن ذلك؛ لأن هذا يَنْصَرِفُ إلى ما يَعُودُ إلى التجارةِ، ولا يَتناوَلُ التبرُّعَ والاستدانةَ[2].

وقد قالوا في المضاربةِ المُطْلَقةِ: إذا خصَّها ربُّ المالِ بعْدَ العقدِ، فإن كان المالُ بحالِه لم يَشْتَرِ المضارِبُ به شيئًا أو كان قد باع ما اشْتَراه وصار عَيْنًا فتخْصِيصُه جائزٌ؛ وذلك لأنه يَمْلِكُ العَزْلَ في هذه الحالِ؛ فكذلك يَمْلِكُ النهْيَ عن بعضِ مقتَضَى العقدِ؛ لأن ذلك عزلٌ عن بعضِ ما جُعِل إليه[3].

فأما إذا اشتَرى المضارِبُ بالمالِ متاعًا، فكلُّ شيءٍ استفادَه المضارِبُ بإطلاقِ المضاربةِ، فليس لربِّ المالِ أن يَنْهَاه عنه، وإن نهاه لم يتعلَّقْ بنَهْيِه حكْمٌ في هذا المتاعِ حتى يَنِضَّ ثمنُه[4]؛ وذلك لأن المضاربةَ قد تمَّتْ بالشراءِ، ولو أراد العَزْلَ عن البيعِ لم يَجُزْ، فكذلك إذا أراد العَزْلَ عن مقتَضَى البيعِ لم يَجُزْ.

فأمَّا إذا مات ربُّ المالِ فقد انْعَزَل المضارِبُ مِن طريقِ الحكْمِ فهو بمنزلةِ العَزْلِ بالقولِ، فلا يَمْلِكُ الشراءَ المبتدأَ ويَمْلِكُ بيعَ ما اشْتَراه لِيَنِضَّ رأْسُ المالِ كما يَمْلِكُ البيعَ بعْدَ العَزْلِ.

قال: وليس له أن يَدْفَعَ المالَ مُضاربةً إلَّا أنْ يأْذَنَ له ربُّ المالِ.

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٩٢)، و«البناية» (١٠/ ٨٦)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٥٨).

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٩٢)، و«الهداية» (٣/ ٢٠٨)، و«العناية» (٨/ ٤٧٣).

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٩٢)، و«الهداية» (٣/ ٢٠٨)، و«العناية» (٨/ ٤٧٣)، و«قرة عين الأخيار» (٨/ ٤٢٢).

(٤) نضَّ: أي: صار وَرِقًا وعَينًا بعد أن كان متاعًا. ينظر: «المغرب» (ص ٤٦٧).

وذلك لأن العقدَ المطلَقَ لا يُستفادُ بمقتَضاه مثلُه؛ وإنما يُستفادُ به ما هو دُونَه، والمضاربةُ مثلُ المضاربةِ فلا يَمْلِكُها بمقتَضاها كما لا يَمْلِكُ الوكيلُ أن يوكِّلَ، وليس كذلك إذا فوَّض إليه الرأْيَ فقال: اعْمَلْ برأْيِكَ؛ لأن ذلك يَنْصَرِفُ إلى التصرُّفِ الذي هو مِن عادةِ التُّجارِ، ودفْعُ المضاربةِ مِن عادتِهم، فجاز بالإذْنِ وإن لم يَجُزْ حالَ الإطلاقِ.

قال: وإن خَصَّ له ربُّ المالِ التصرُّفَ في بلدٍ بعَيْنِه أو في سِلْعةٍ بعَيْنِها لم يكن له أن يَتجاوَزَ ذلك.

لأنه إذنٌ له في التصرُّفِ بشَرْطٍ فوجَب اعتبارُه إذا كان في تخصيصِه فائدةٌ، وفي تخصيصِه بالبلدِ فائدةٌ؛ لأن السفَرَ فيه خطَرٌ؛ وكذلك في تخصيصِ السِّلَعِ؛ (1)لأن التجارةَ تَخْتَلِفُ باختلافِ السِّلَعِ(1)، وإذا كان في تخصيصِه فائدةٌ اختُصَّ بما خصَّه به.

قال: وكذلك إن وقَّت مدةً بعَيْنِها جاز وبطَل العقدُ بِمُضِيِّها.

وذلك لأن الإذنَ اختُصَّ بوقتٍ فَبطَل(2) بمُضِيِّه كالوكالةِ المؤقَّتَةِ، وقد قال الشافعيُّ في هذه المسائلِ كلِّها: لا يَصِحُّ التخصيصُ إلا أن يُعَيِّنَ له شيئًا لا يَنْقَطِعُ مِن أيدِي الناسِ غالبًا كالحنطةِ(3).

(1-1) ليس في (أ٢، ع، ي).

(2) في (ح٢، ر، س): «فيبطل»، وفي (ض، ع): «يبطل».

(3) الذي وقفنا عليه من كلام الشافعي أنه لم يجز أن أقارضك إلى مدة من المدد. ينظر: «الأم» (٤/ ٨)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٢١)، و«الحاوي» (٧/ ٣١١)، و«المهذب» (٢/ ٢٢٨).



وهذا لا يَصِحُّ؛ وذلك لأنه إذْنٌ في التصرُّفِ حالَ الحياةِ، فلا يُبْطِلُه التخصيصُ بعَيْنٍ ولا بوقْتٍ، أصلُه الوكالةُ؛ ولأن لربِّ المالِ في هذا التخصيصِ غرَضًا صحيحًا على ما بيَّنَّاه، فوجَب أن يَجوزَ كتخصيصِ النوعِ.

فإن قيل: المقصودُ بهذا العقدِ تحصيلُ الربحِ، فإذا خصَّ رجلًا بعَيْنِه جاز أن يَموتَ أو يَمْتَنِعَ مِن البيعِ، وإذا خصَّ سلعةً بعَيْنِها جاز أن لا يَبِيعَها مالِكُها، وإذا خصَّ ما لا يُوجَدُ في عمومِ الأوقاتِ لم يقْدِرْ عليه المضاربُ، وإذا خصَّ مدةً جاز أن لا يقْدِرَ فيها على البيعِ، فلم يُوجَدْ مقصودُ العقدِ.

قيل له: قد أَوْجَبَ له الربحَ فيما يَبتاعُه، وجوازُ أن يكونَ وجوازُ أن لا يكونَ لا يَمْنَعُ صحةَ العقدِ؛ كما لو سمَّى نوعًا.

وقد قال أصحابُنا: لو قال[1]: اعْمَلْ به[2] في سوقِ الكوفةِ. فعَمِل به بالكوفةِ في غيرِ سوقِها، فهو جائزٌ استحسانًا والقياسُ أن لا يَجوزَ؛ لأنه شرَط العملَ في مكانٍ بعَيْنِه، فلم يَجُزْ في غيرِه؛ كما لو شرَط بلدًا بعَيْنِه فعَمِل في غيرِه.

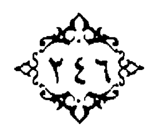
وجْهُ الاستحسانِ: أن البلدَ الواحدَ كالبقعةِ الواحدةِ، والتخصيصُ بسُوقٍ منه لا فائدةَ فيه، وكلُّ أمْرٍ لا فائدةَ فيه يَلْغُو.

فإن قال: اعْمَلْ به في سوقِ الكوفةِ ولا تَعْمَلْ إلا في سوقِها. فعَمِل في غيرِه فهو ضامِنٌ؛ لأنه حجَر عليه في غيرِ السوقِ، وهو يَمْلِكُ الحَجْرَ فلم يَجُزْ تصرُّفُه، وليس كذلك الفصلُ الأوَّلُ؛ لأنه لم يَحْجُرْ عليه في غيرِ السوقِ، وإنما خصَّ السوقَ، والتخصيصُ يثْبُتُ إذا كان فيه فائدةٌ.

---

(١) بعده في (س): «له».

(٢) ليس في (أ٢، ر، س).



قال: وليس للمضارِبِ أن يَشْتَرِيَ[1] أبَ[2] ربِّ المالِ، ولا ابنَه، ولا مَن يَعْتِقُ عليه[3].

وذلك لأن المضاربةَ إذْنٌ في التصرُّفِ الذي يَحْصُلُ به الربحُ، وهذا[4] إنما يكونُ بشراءِ ما يُمْكِنُه بيعُه، فأمَّا ما لا يُمْكِنُه بيعُه فلا يَحْصُلُ به الغَرَضُ، فلا يَتناوَلُه الإذْنُ ولا يدخُلُ في المضاربةِ.

قال: فإن اشتَراهم كان مُشْتَرِيًا لنفْسِه دُونَ المضاربةِ.

وذلك لما بيَّنَّا أنه لم يدخُلْ تحتَ الإذْنِ، فصار كالوكيلِ إذا اشتَرى ما لم يُؤْذَنْ له فيه أنه يكونُ لنفْسِه كذلك هذا.

قال: وإن كان في المالِ ربحٌ، فليس له أن يَشْتَرِيَ مَن يَعْتِقُ عليه.

وذلك لأنه لا يَقْدِرُ على بيعِه إذا اشتراه للمضاربةِ وفيها ربحٌ؛ لأن نصيبَه منه يَعْتِقُ، وما لا يَقْدِرُ على بيعِه لا يَتناوَلُه الإذْنُ فلا يدخُلُ في المضاربةِ.

قال: فإن اشتراهم[5] ضَمِنَ مالَ المضاربةِ.

وذلك لأن الشراءَ وقَع لنفْسِه دُونَ المضاربةِ، فإذا قضَى ثمنَه مِن مالِ المضاربةِ كان عليه الضمانُ، كما لو قضَى بمالِ المضاربةِ دَيْنًا عليه.

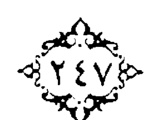
---

(١) بعده في (ر): «له».　　(٢) في (ي): «أبا».

(٣) قال في حاشية (ح): «بقرابة أو غيرها مثل أن يحلف رب المال على عبد إن اشتراه فهو حُر، أو يشتري جارية قد ولدت من رب المال».

(٤) من هنا بدأ في إدراج الكلام المشار إليه آنفًا أنه خرم في (ح٢).

(٥) بعده في (ي): «صح و».



قال: وإن لم يكن في المالِ ربحٌ جاز أن يَشترِيَهم.

وذلك لأنه لا مِلْكَ له فيهم ويُمْكِنُه بَيْعُهم، فهو بمنزلةِ الأجنبيِّ منهم فيدخُلُ في المضاربةِ.

قال: فإن زادتْ قيمتُهم عُتِق نصيبُه منهم، ولم يَضْمَنْ لربِّ المالِ شيئًا.

أما العتقُ فلأنَّ القيمةَ إذا زادتْ صار له حصةٌ مِن الربحِ فملَك قدْرَ ذلك منهم وعتَق عليه بالمِلْكِ؛ وإنما لا يَضْمَنُ؛ لأن سببَ (١)العِتقِ مِلْكُه(١) ولم يَحْصُلْ ذلك بفِعْلِه؛ وإنما حصَل مِن طريقِ الحكمِ، وأحدُ الشريكَيْنِ في العبدِ إذا عتَق عليه مِن طريقِ الحكْمِ لا يَضْمَنُ لشريكِه كما لو وَرِثه.

قال: ويَسْعَى المُعْتِقُ لربِّ المالِ في قيمةِ نَصِيبِه منه.

وذلك لأن العبدَ بينَ شريكَيْنِ إذا عُتِق نصيبُ أحدِهما مِن طريقِ الحكمِ، ولم يَلْزَمْه الضمانُ، يَجِبُ على العبدِ السِّعايةُ في نصيبِ الشريكِ الآخرِ؛ كذلك في مسألتِنا، وقد قال أصحابُ الشافعيِّ: إن نصيبَ المضارِبِ لا يُعْتَقُ[٢].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ[٣] مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ»[٤]. ولأنه أحدُ متعاقِدَي المضاربةِ، فمَن يَعْتِقْ عليه إذا تفاضَلا جاز أن يَعْتِقَ

(١-١) في (ع): «الملك عتقه»، وفي (ي): «المعتق ملكه».

(٢) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٢١)، و«الحاوي» (٧/ ٣٢٣)، و«المهذب» (٢/ ٢٣٠).

(٣) ليس في (ح، ض)، وهو الموافق لبعض روايات الحديث.

(٤) أخرجه النسائي في «الكبرى» (٤٨٧٧) من طريق ضمرة، عن سفيان، عن عبد اللَّه بن دينار، عن ابن عمر. وقال النسائي: «لا نعلم أن أحدًا روى هذا الحديث عن سفيان غير ضمرة، =

عليه مِن المضاربةِ قَبْلَ المفاضلةِ، أصلُه ربُّ المالِ.

فإن قيل: مِلْكُ المضارِبِ لم يَتِمَّ فيه؛ لأن نصيبَه وقايةٌ (١) لمالِ ربِّ (١) المالِ، والملْكُ إذا لم يَتِمَّ لم يُعْتَقْ كالمكاتَبِ إذا ملَك أباه.

قيل له: المضارِبُ تامُّ الملْكِ، وإنما يَزُولُ مِلْكُه بنقصانِ المالِ، وجوازُ أن يَزُولَ الملْكُ بسببٍ طارئٍ لا يُوجِبُ نقصانَ الملْكِ، كما يَجوزُ أن يَزُولَ مِلْكُ البائعِ عن الثمنِ بهلاكِ المبيعِ قبْلَ القبضِ، ولا يدُلُّ على نقصانِ ملْكِه فيه، فأما المكاتَبُ إذا ملَك أباه فإنه يُساوِيه في صفتِه، كما ساوَى الحرُّ أباه إذا ملَكه.

قال: وإذا دفَع المضارِبُ المالَ مضاربةً، ولم يأْذَنْ له ربُّ المالِ في ذلكِ، لم يَضْمَنْ بالدفْعِ، ولا بِتَصرُّفِ (٢) المضارِبِ الثاني حتى يَرْبَحَ.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَضْمَنُ إذا تصرَّف الثاني رَبِح أو لم يَرْبَحْ.

وعن أبي يوسفَ: أنه رجَع، وقال: يَضْمَنُ بالدفْعِ، وهو قولُ زفرَ (٣).

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ، في أنه لا يَضْمَنُ بالدفْعِ: أن المضارِبَ يَمْلِكُ الإيداعَ

وهو حديث منكر». وقال الترمذي عقب الحديث (١٣٦٥): «لم يتابع ضمرة على هذا الحديث، وهو حديث خطأ عند أهل الحديث».

(١-١) في (ح، ض): «لرب».

(٢) في (ج، ض، س، ع، ل، ي): «يتصرف»، ورُسمت في (غ) بغير نقط، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في (نسخة مختصر القدوري)، ومصادر التخريج.

(٣) ينظر: «العناية» (٨/ ٤٦١)، و«البناية» (١٠/ ٦٥)، و«مجمع الضمانات» (ص ٣٠٤).



ويَمْلِكُ الإبْضاعَ، فإذا دفَع مضاربةً لم يَضْمَنْ بدفْعِه إلى الثاني؛ لأنه في حكْمِ المُودِعِ.

وجْهُ قولِ زفرَ، وأبي يوسفَ: أن الدفْعَ على وجْهِ المضارَبةِ لا يُمَلِّكُ[1] المضاربَ، فوجَب أن يَضْمَنَ به كالمودَعِ إذا أُودِعَ.

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ في أنه لا يَضْمَنُ بتصرُّفِ الثاني: هو أن المضارِبَ الثانِي ما لم يَرْبَحْ في حكْمِ المُبْضِعِ، وللمُضارِبِ أن يُبْضِعَ، ولا يَجوزُ أن يَضْمَنَ بالشرْطِ؛ لأن مجرَّدَ القولِ في مِلْكِ الغيرِ لا يُوجِبُ الضمانَ، فإذا رَبِح فقد ثبَت له حقُّ الشركةِ في المالِ بفِعْلِ المضارِبِ، فصار كما لو خلَط المضارِبُ المالَ بغيرِه أو شارك به فيَضْمَنُ.

وجْهُ قولِهما: أن الدفْعَ لا يتعلَّق به ضمانٌ؛ لأن المضارِبَ أَمِينٌ فهو كالمودَعِ، فإذا تصرَّف فيه الثاني على وجْهِ المضاربةِ فقد (٢حصَل العمَلُ في٢) المالِ على وجْهٍ لم يَرْضَ به المالِكُ، فتعلَّق به الضمانُ.

قال: فإذا رَبِح ضَمِن المُضارِبُ الأوَّلُ المالَ (٣لربِّ المالِ٣).

هكذا ذكَر صاحبُ «الكتابِ»، والمشهورُ مِن المذهبِ أن ربَّ المالِ بالخيارِ إن شاء ضمَّن الأولَ، وإن شاء ضمَّن الثانِيَ في قولِهم، وهو ظاهِرٌ على قولِ أبي يوسفَ، ومحمدٍ؛ لأن الأولَ تعدَّى بالدفْعِ والآخَر تعدَّى بالقبْضِ، فصار عندَهما كالمودَعِ إذا أُودِعَ.

---

(١) في (ج، غ): «يملكه»، وفي (ل): «يمكنه».
(٢-٢) في (ي): «جعل».
(٣-٣) من (أ٢، ق، ي، ونسخة مختصر القدوري).



وأما على قولِ أبي حنيفةَ: ففي مسألةِ الوديعةِ الضمانُ يَجِبُ على المودَعِ الأوَّلِ، ولا يَجِبُ على الثاني؛ لأن الأوَّلَ ضَمِن بقبْضِ الثاني، ولا يَلْزَمُ الثانيَ الضمانُ؛ لأن القبْضَ الواحِدَ لا يُوجِبُ الضمانَ على اثنينِ على كلِّ واحدٍ منهما جميعَ الضمانِ؛ فمِن أصحابِنا مَن قال: يَجِبُ أن تكونَ مسألةُ المضاربةِ كذلك، وعلى هذا الوجْهِ حمَلَ المسألةَ صاحبُ الكتابِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ.

ومِن أصحابِنا مَن قال: مسألةُ المضاربةِ بخلافِ مسألةِ الوديعةِ؛ وذلك لأنَّ المضارِبَ الثاني يَعْمَلُ في المالِ لمنفعةِ نفْسِه وهو طلَب الربحِ، فجاز[1] أن يَضْمَنَ لذلك[2]، والمودَعُ الثاني لا يَقْبِضُ لمنفعةِ نفْسِه، وإنما يَقْبِضُ لمنفعةِ الأوَّلِ، فلا يَضْمَنُ الثاني.

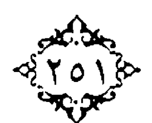
وقد قالوا: إذا كان ربُّ المالِ بالخيارِ بينَ أن يُضَمِّنَ أيَّهما شاء، فإذا ضَمِن المضاربُ الأولُ صحَّتِ المضاربةُ بينَ الأولِ والثاني، وكان الربحُ على ما شرَط؛ لأنه لما ضمَّن مِلْكَه بالضمانِ فصار كأن المضاربَ دفَع مِلْكَ نفْسِه مضاربةً فيَصِحُّ، وإن ضمَّن الثانِيَ رجَع على الأولِ بالضمانِ؛ لأنه غرَّه بالعقدِ فصار كمودَعِ المودِعِ، وتَصِحُّ المضاربةُ؛ لأن حاصلَ الضمانِ على الأوَّلِ فكأنَّ ربَّ المالِ ضمَّن الأولَ ابتداءً.

قال: وإن دفَع إليه مضاربةً بالنصفِ وأَذِن له أن يدْفَعَها مضاربةً فدفَعها بالثلُثِ جاز.

---

(١) بعده في (أ٢، ي): «له».

(٢) في (س، ض، ل، ي): «كذلك».



وذلك لأنه فوَّض إليه الرأيَ في التصرُّفِ ودفَعه إلى الثاني مما[1] قد رآه، فجاز بمقتَضَى الأَمْرِ.

قال: فإن كان ربُّ المالِ قال له: على أنَّ ما رزَق اللَّهُ تعالى بيْنَنا نِصْفَيْنِ. فلربِّ المالِ نصفُ الربحِ، وللمضارِبِ الثاني ثُلُثُ الربحِ، وللأولِ السدسُ.

وذلك لأن عملَ المضاربِ الثاني يَقَعُ للأولِ؛ لأن العقدَ وقَع له، وقد عقَد على بعضِ ما يستَحِقُّه مِن الربحِ وهو مالِكٌ لذلك فجاز، ويكونُ لربِّ المالِ النصفُ؛ لأنه شرَط أن يكونَ له نصفُ ما رزَق اللَّهُ تعالى، والذي رزَق اللَّهُ تعالى هو جميعُ الربحِ، فيكونُ له نصفُه، ويكونُ للمضاربِ الثاني الثلثُ على ما شرَط له الأولُ، ويَبْقَى السدسُ للأولِ.

قال: وإن كان قال له: على أنَّ ما رزَقَك اللَّهُ تعالى بيْنَنا نِصْفَيْنِ. كان للمضاربِ الثاني الثلثُ، والباقِي بينَ ربِّ المالِ وبينَ المضاربِ الأولِ نِصْفَيْنِ.

وذلك لأن ما رزَق اللَّهُ تعالى المضاربَ الأولَ هو الثلثانِ، فيستَحِقُّ ربُّ المالِ نصفَ ذلك، ولا يُشْبِهُ المسألةَ الأُولى؛ لأن ربَّ المالِ شرَط نصفَ ما رزَق اللَّهُ تعالى مطلقًا مِن غيرِ إضافةٍ، وذلك يَنْصَرِفُ إلى جميعِ الربحِ.

قال: ولو قال: على أنَّ ما رزَق اللَّهُ تعالى فلي نصفُه. فدفَع المالَ إلى آخَرَ مضاربةً بالنصفِ فللثاني نصفُ الربحِ، ولربِّ المالِ النصفُ، ولا شيءَ للمضارِبِ الأولِ.

---

(١) في (أ٢، ر، س، ي): «فيما»، وفي (غ): «بما».



وذلك لأن المضاربَ الأولَ عقَد على جميعِ حقِّه، وهو يَمْلِكُ ذلك فلا يكونُ له شيءٌ، ويَصِيرُ ذلك بمنزلةِ رجلٍ استأجَر أجيرًا لِيَخِيطَ له ثوبًا بدرهمٍ، فاستأْجَر الأجيرُ رجلًا آخَرَ يَخِيطُه له بدرهمٍ، فإنه لا يُسلَّمُ للأولِ شيءٌ لِما عقَد على جميعِ حقِّه، كذلك هذا.

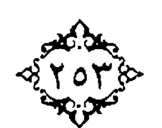
قال: فإن شرَط للمضاربِ الثاني ثُلُثَي الربحِ، فلربِّ المالِ نصفُ الربحِ، وللمضارِبِ الثاني نصفُ الربحِ، ويَضْمَنُ المضاربُ الأولُ للمضاربِ الثاني مقدارَ سدسِ الربحِ في مالِه.

وذلك لأن التسميةَ بينهما صحيحةٌ؛ لأنها معلومةٌ في عقدٍ يَمْلِكُه، إلا أنها لا تَثْبُتُ في حقِّ ربِّ المالِ؛ لأنه لم يَرْضَ إلا بنصفِ الربحِ فيَبْقَى للمضاربِ الثاني النصفُ، ويَغْرَمُ له الأولُ قدْرَ السدسِ؛ لأنه غرَّه بالتسميةِ، والغُرورُ في العقودِ يتعلَّق به الضمانُ، (1)ونَظِيرُ هذا أن(1) يستأْجِرَ رجلًا لِيَخِيطَ له ثوبًا بدرهمٍ، فاستأْجَر الأجيرُ رجلًا آخَرَ يَخِيطُ له الثوبَ بدرهمٍ ونصفٍ، أنه يَضْمَنُ له زيادةَ الأَجْرِ، كذلك هذا.

قال: وإذا مات المضاربُ أو ربُّ المالِ بطَلتِ المضاربةُ.

وذلك لأن المضاربَ يتصرَّفُ مِن طريقِ الإذنِ بدليلِ أن لربِّ المالِ أن يَنْهاه، فإذا مات ربُّ المالِ بطَل إذْنُه، فلم يَجُزِ التصرُّفُ في مالِ الغيرِ بغيرِ إذْنٍ، وإن مات المضاربُ بطَلَتْ أيضًا؛ لأنه بمنزلةِ الوكيلِ، وموتُ الوكيلِ يُبْطِلُ الوكالةَ ولا يَنْتَقِلُ ذلك إلى وَرَثتِه، كذلك هذا.

(1-1) في (ي): «ويصير هذا مثل من».



قال: فإن ارتدَّ ربُّ المالِ عن الإسلامِ ولَحِق بدارِ الحربِ بطَلَتْ.

وذلك لأن الحكمَ بِلِحاقِه يُزِيلُ مِلْكَه ويُوجِبُ قسمةَ مالِه بينَ ورثتِه، فهو بمنزلةِ موتِه.

قال: وإذا عزَل ربُّ المالِ المضارِبَ، ولم يَعْلَمْ بعَزْلِه حتى اشتَرى وباع، فتصرُّفُه جائزٌ.

وذلك لأن العزلَ نهيٌ والأحكامُ المتعلِّقةُ بالأَمْرِ لا يُؤَثِّرُ فيها النَّهْيُ إلا بعْدَ العلمِ، الدليلُ على ذلك أوامرُ صاحبِ الشريعةِ ونواهِيه، وإذا لم يَصِحَّ العزْلُ جاز تصرُّفُه كما قبْلَ العزلِ.

قال: وإن عَلِم بعَزْلِه والمالُ عُرُوضٌ، فله أن يَبِيعَها لا يَمْنَعُه العزْلُ مِن ذلك.

وذلك لأن المضاربةَ قد تمَّتْ فيما اشتَراه المضاربُ وتعلَّق حقُّه به، وحقُّه مِن الربحِ إنما يَظْهَرُ حالَ القِسْمةِ، والقِسمةُ لا تَقَعُ إلا على رأْسِ المالِ، ولا يُمْكِنُ ذلك إلا بعْدَ أن يَنِضَّ المالُ وذلك يكونُ بالبيعِ، فكان له ذلك، ولم يؤثِّرِ العزْلُ في إسقاطِ حقِّه.

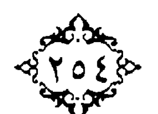
قال: ثُم لا يَجوزُ له أن يَشْتَرِيَ بثمنِها شيئًا آخَرَ.

وذلك لأنا إنما جوَّزْنا له البيعَ لِيَصِيرَ المالُ مِن جنسِ رأْسِ المالِ ويُمْكِنُ القسمةُ عليه، فإذا نَضَّ فقد وُجِد هذا المعْنى، فلم يَجُزْ له التصرُّفُ بعْدَ ذلك.

قال: وإن عزَله ورأْسُ المالِ دراهمُ أو دنانيرُ قد نضَّتْ[1]، فليس له أن يتصرَّفَ فيه.

---

(١) أي: نفذت بأحد النقدين. ينظر: «البناية» (١٠/ ٧٧).



وهذا الذي ذكَره إذا كان مِن جنسِ رأْسِ المالِ، فأما إذا كان مِن غيرِ جنسِ رأْسِ المالِ، فكان القياسُ أن لا يَجوزَ له التصرُّفُ فيها؛ لأنها مِن جنسِ الأثمانِ، فصار كأنَّ رأْسَ المال قد تغيَّر[1].

والاستحسانُ أنه يَجوزُ أن يَبِيعَها بجنسِ رأْسِ المالِ؛ لأن الواجبَ على المضاربِ أن يَرُدَّ مثلَ رأْسِ المالِ؛ وذلك لا يُمْكِنُ إلا بأن يَبِيعَ ما في يدِه بجنسِ رأْسِ المالِ، فكان له ذلك كما كان له لو كان في يدِه عُرُوضٌ.

قال: وإذا افْتَرَقا وفي المالِ دُيُونٌ، وقد رَبِح المضاربُ فيه أَجْبَره الحاكمُ على اقتضاءِ الدُّيُونِ، وإن لم يكن فيه ربحٌ لم يَلْزَمْه الاقتضاءُ، ويُقالُ له: وكِّلْ ربَّ المالِ في الاقتضاءِ.

وقال الشافعيُّ: يَلْزَمُه الاقتضاءُ وإن لم يكن في المالِ ربحٌ[2].

وجْهُ قولِنا: أنه إذا كان فيه ربحٌ فالمضارِبُ يستَحِقُّ بعضَه في مقابلةِ عملِه، فصار كالأجيرِ على العملِ، فيُجْبَرُ على إتمامِه، وإذا لم يكن ربحٌ فليس يستَحِقُّ بدلًا في مقابلةِ عملِه، فهو بمنزلةِ الوكيلِ فلا يُجْبَرُ على العملِ ولكن يُقالُ له: وكِّلْ ربَّ المالِ في الاقتضاءِ؛ لأن مِن أصْلِنا أن حقوقَ العقدِ يتعلَّقُ بالعاقِد، وليس لربِّ المالِ المطالبةُ بالدُّيُونِ فيما عقَده المضاربُ إلا بوكالتِه إيَّاه، فلَزِمه ذلك لِيَحْصُلَ لربِّ المالِ رأْسُ مالِه.

فإن قيل: المضاربُ يَجِبُ عليه ردُّ رأْسِ المالِ [بصفتِه، فيَجِبُ أن يَقْبِضَ

(١) في (ج، ح، ر، ض، ع، ل): «تعيَّن».

(٢) ينظر: «بحر المذهب» (٧/ ٩٢).



الدُّيُونَ](1) حتى يَصِيرَ بصفتِه.

قيل له: المضاربُ لا يَلْزَمُه التسليمُ؛ وإنما يَلْزَمُه رفْعُ يدِه عن المالِ كالمودَعِ، فإذا أحال(2) به فقد أزال يدَه عنه، فلا يَلْزَمُه أكثرُ مِن ذلك.

قال: وما هلَك مِن مالِ المضاربةِ فهو مِن الربحِ دُونَ رأْسِ المالِ.

وذلك لأن الربحَ لا يَحْصُلُ إلا بعْدَ سلامةِ رأْسِ المالِ؛ والدليلُ عليه: ما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «مَثَلُ المُؤْمِنِ(3) مَثَلُ(4) التَّاجِرِ، لَا يَسْلَمُ له رِبْحُهُ حَتَّى يَسْلَمَ لَهُ(5) (6رَأْسُ مالِه؛ كَذَلِكَ المُؤْمِنُ لَا تَسْلَمُ لَهُ نَوافِلُه حَتَّى تَسْلَمَ لَهُ عَزَائِمُهُ6)».

وهذا يدُلُّ على أن الربحَ لا يَثْبُتُ حكْمُه قَبْلَ تَعْيِينِ(7) رأْسِ المالِ؛ ولأن الربحَ فرْعٌ على رأسِ المالِ، فلا يَثْبُتُ له حكْمٌ قبْلَ ثبوتِ أصْلِه، ولو كان الهالِكُ منهما(8) يُساوِي الفرْعَ والأصلَ، وهذا لا يَجوزُ.

---

(1) في (ي): «بصفة الديون». (2) في (غ، ل، ي): «حال».

(3) هنا الإدراج المشار إليه آنفًا في النسخة (ح٢).

(4) في (س): «كمثل»، وهو الموافق لما في مصدر التخريج.

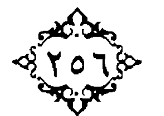
(5) بعده في (أ٢، ي): «عمله»، وبعده في (ج، ل): «غرماؤه»، وبعده في (غ): «غرماؤه رأس ماله».

(٦-٦) ما بين القوسين في ليس في (أ٢، غ، ل، ي).

والحديث أخرجه البيهقي (٢/ ٣٨٧) من طريق موسى بن عبيدة الربذي، عن ابن حنين، عن أبيه، عن علي بن أبي طالب بلفظ: «مثل المصلي ... إلخ». وقال البيهقي: «موسى بن عبيدة لا يحتج به، وقد اختلف عليه في إسناده».

(7) في (ح٢، ر، س، ض، ل): «تعيُّن»، وفي (ع): «تغيُّر»، وفي (غ): «أن يعيِّن».

(8) في (ض): «منها»، وفي (ي): «بينهما».



قال: فإذا زاد الهالِكُ على الربحِ، فلا ضمانَ على المضارِبِ فيه[1] إن كانا لم يَقْسِما[2] الربحَ.

وذلك لأن المضاربَ أمينٌ في رأسِ المالِ، فما هلَك منه بغيرِ فِعْلِه، فلا ضمانَ عليه فيه كالمودَعِ[3].

قال: وإن كانا اقْتَسَما الربحَ والمضاربةُ بحالِها، ثُمَّ هلَك المالُ أو بعضُه تراداَّ الربحَ حتى يستَوْفِيَ ربُّ المالِ رأْسَ مالِه، فإن فضَل شيءٌ كان بينَهما، وإن عجَز رأسُ المالِ لم يَضْمَنِ المضارِبُ.

وذلك لأن الربحَ حكْمُه مُراعًى لا يستَقِرُّ حتى يُسلِّمَ لربِّ المالِ رأْسَ مالِه، فإذا هلَك قَبْلَ أن يُسَلِّمَ له بطَلَتِ القِسْمةُ وصار ما اقْتَسَماه رأْسَ المالِ، فوجَب على المضارِبِ أن يَرُدَّ منه تمامَ رأسِ المالِ، فإن فضَل شيءٌ كان بينَهما؛ لأنه ربحٌ، وإن عجَز عن رأسِ المالِ لم يَلْزَمِ المضاربَ ضمانُه؛ لأنه أمينٌ فيه.

قال: وإن كانا اقْتَسَما الربحَ وفسَخا المضاربةَ، ثُمَّ عقداها فهلَك المالُ لم يترادَّا الربحَ الأولَ.

وذلك لأن ربَّ المالِ لمَّا فسَخ المضاربةَ وقبَض رأْسَ مالِه زالتِ المضاربةُ وصحَّتِ القسمةُ واستقرَّتْ، فإذا ردَّ إليه المالَ على وجْهِ المضاربةِ فهو عقدٌ آخرُ،

---

(١) بعده في (ر، س): «و».

(٢) في (ج، ح، ع): «يقتسما».

(٣) قال في حاشية (ح): «وسواء كانت المضاربة صحيحة أو فاسدة، فالمال أمانة في قول أبي حنيفة، وعندهما: إن كانت فاسدة فالمال مضمون. سراج وهاج».

فهلاكُ المالِ فيه لا يُبْطِلُ القسمةَ في عقدِ غيرِه.

وقد قالوا: لو اقْتَسَم المضارِبُ وربُّ المالِ الربحَ، ولم يَفْسَخا المضاربةَ، ثُمَّ هلَك ما قبَضه المضاربُ مِن الربحِ أو هلَك (١ما قبَضه١) ربُّ المالِ لم يتغيَّرْ بهلاكِه شيءٌ؛ لأن ما هلَك بعْدَ القبضِ هلَك مِن ضمانِ القابضِ، فكان بقاؤُه وهلاكُه بمنزلةٍ واحدةٍ.

وقد قالوا: لو اقْتَسَما الربحَ، ثُمَّ اختَلفا؛ فقال المضارِبُ: قد كنتُ دفعْتُ إليكَ رأسَ المالِ قبْلَ القسمةِ. وقال ربُّ المالِ: لم أَقْبِضْ رأسَ المالِ. فالقولُ قولُ ربِّ المالِ[٢]؛ وذلك لأن المضاربَ يدَّعِي إيفاءَ رأسِ المالِ، وربَّ المالِ يَجْحَدُ ذلك، والقولُ قولُ الأَمينِ في إسقاطِ الضمانِ عن نفْسِه، ولا يُقبَلُ قولُه في التسليمِ إلى غيرِه.

فإن قيل: قسمةُ الربحِ ظاهرٌ[٣] يدُلُّ[٤] على ما ادَّعاه المضارِبُ مِن إيفاءِ رأسِ المالِ، لمَّا كان الربحُ لا يَثْبُتُ حكمُه إلا بعْدَ الإيفاءِ لرأسِ المالِ.

قيل له: قد جرَتِ العادةُ مِن التُّجارِ بمقاسمةِ الربحِ مع بقاءِ رأْسِ المالِ في يدِ المضارِبِ، فإن أقاما البينةَ فالبينةُ بينةُ المضارِبِ؛ لأنه يُثْبِتُ إيفاءَ رأْسِ المالِ وربُّ المالِ يَجْحَدُ ذلك، وإذا ثبَت أن قولَ المضارِبِ مقبولٌ في دفْعِ الضمانِ غيرُ مقبولٍ في التسليمِ لَزِمه أن يَرُدَّ ما قبَضه مِن الربحِ تمامَ رأْسِ المالِ،

(١-١) ليس في (أ٢، ي).

(٢) ينظر: «الأصل» (٤/ ٢٤٦)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ١٠٨)، و«مجمع الضمانات» (ص ٣١١).

(٣) في (ج، غ، ل): «ظاهرة».

(٤) في (غ، ض): «تدل».



ويَحْتَسِبَ على ربِّ المالِ بما قبَضه مِن الربحِ مِن رأسِ المالِ، ويُتَمِّمَ له مما في يدِ المضاربِ، فما بَقِي فهو بينَهما؛ وذلك لأن المضارِبَ يدَّعِي خُلُوصَ ما بَقِي مِن المالِ للربحِ، وربُّ المالِ يَجْحَدُ ذلك، فلا يُقبَلُ قولُ المضاربِ في الاستحقاقِ، وإذا لم يُقبَلْ قولُه صُرِف إلى ما ذَكَرْناه؛ لأنه مقتَضى العقدِ.

قال: ويَجوزُ للمُضارِبِ أن يَبِيعَ بالنقْدِ والنسيئةِ.

وقد بيَّنَّا ذلك فيما تقدَّمَ.

قال: ولا يُزَوِّجُ عبدًا ولا أَمَةً مِن مالِ المضاربةِ.

أما تزويجُ العبدِ فلا يَجوزُ؛ لأنه يُوجِبُ المهرَ والنفقةَ في رقبةِ العبدِ، والمضاربةُ تَنْعَقِدُ على ما يؤدِّي إلى تحصيلِ الربحِ، فما يؤدِّي إلى إتلافِ المالِ لا يتضمَّنه العقدُ، فلا يَجوزُ للمضارِبِ فِعْلُه، وأما تزويجُه الأَمَةَ، فلا يَجوزُ عندَ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وقال أبو يوسفَ: يَجوزُ[1].

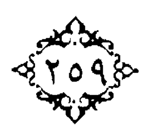
وجْهُ قولِهما: أن المضاربةَ تَنْعَقِدُ على التجارةِ، والتزويجُ ليس مِن التجارةِ، فلا يدخُلُ تحتَ الأَمْرِ، فلم يكن له فِعْلُه.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن في تزويجِها منفعةً، وهو تحصيلُ المهرِ وإسقاطُ النفقةِ عنه، فوجَب أن يَجوزَ كما لو أَجَّرها.

وقد قال أصحابُنا: إن مالَ المضاربةِ إذا هلَك قبْلَ أن يَشْتَرِيَ به المضارِبُ

---

(١) ينظر: «الأصل» (٤/ ٢٦١)، و«المبسوط» (٢٢/ ١٢٢)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٩٥)، و«الهداية» (٣/ ٢٠٨).



شيئًا بطَلتِ المضاربةُ[1]؛ لأن المضاربةَ تَقِفُ على القبضِ فتتعيَّنُ فيما وقَعتْ عليه كالوديعةِ، وإذا تعيَّنتْ بطَل العقدُ بهلاكِها، والقولُ قولُ المضارِبِ في هلاكِها؛ لأنه أمينٌ في المالِ فهو كالمودَعِ، فإنِ استَهْلَكها المضارِبُ ضَمِنها، ولم يكن له بعْدَ ذلك أن يَشْتَرِيَ بها على المضاربةِ؛ لأنه صار ضامِنًا، ومِن حكمِ المضارِبِ أن يكونَ أمينًا، وإن استَهْلَكها غيرُه فأخَذها منه جاز له أن يَشْتَرِيَ بها على المضاربةِ؛ لأنه لما أخَذ عِوَضَها صار كأنه أخَذ ثمنَها.

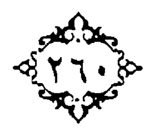
ولو اشتَرى المضارِبُ بالألفِ التي هي رأسُ المالِ عينًا، فهلكتِ الألفُ قبْلَ أن يَنْقُدَها رجَع على ربِّ المالِ بألفٍ أخرى فيُسلِّمُها إلى البائعِ؛ وكذلك إنْ هلَكَتِ الثانيةُ والثالثةُ وما بعْدَ ذلك أبدًا حتى يُسلِّمَ إلى البائعِ، ويكونَ ما دفَعه أوَّلًا ربُّ المالِ مِن رأسِ المالِ وجميعُ ما غَرِمه مِن رأسِ المالِ؛ وذلك لأن المضارِبَ يتصرَّفُ لربِّ المالِ فما يَلْحَقُه مِن الضمانِ بتصرُّفِه يَرْجِعُ به عليه كالوكيلِ، فإذا أخَذ مثلَه فهلَك رجَع أيضًا على ربِّ المالِ، والوكيلُ لا يَرْجِعُ ثانيًا.

والفَرْقُ بينَهما أن الوكيلَ إذا اشتَرى فقد انتهتِ الوكالةُ ووجَب له دَيْنٌ على الموكِّلِ، فإذا استَوْفَاه كان مضمونًا عليه، فإذا هلَك في ضمانِه لم يَرْجِعْ به، والمضارِبُ لا تَنْتَهِي المضاربةُ بالشراءِ فيما[2] يَرْجِعُ به على المضاربةِ؛ ولهذا يَحْتَسِبُ به مِن رأسِ المالِ، فلم يكن مضمونًا عليه، فإذا هلَك رجَع عليه بمثلِه كالأولِ، ويكونُ ذلك زيادةً في رأسِ المالِ؛ لأنه غرْمٌ لَزِم ربَّ المالِ لأجلِ المضاربةِ.

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١١٢)، و«العناية» (١٠/ ١٧٩)، و«مجمع الضمانات» (ص٣٠٨).

(٢) في (غ، ض): «تدل».



وقد قال أصحابُنا: لا نفقةَ للمضارِبِ في المالِ إذا عَمِل في مِصْرِه، وإن أنفَق على نفْسِه مِن مالِ المضارَبةِ شيئًا فهو ضامِنٌ له[1]؛ وذلك لأن القائلَ في النفقةِ أحدُ قائلَيْنِ:

أحدُهما يقولُ: لا يَجوزُ له أن يُنْفِقَ بحالٍ إلَّا بإذْنِ ربِّ المالِ. والآخرُ يقولُ: يُنْفِقُ في السفَرِ دُونَ الحضرِ، فصارتِ النفقةُ في الحضَرِ إجماعًا أنه لا يَجوزُ، فإذا فعَل ضَمِن.

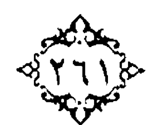
قالوا: وإن سافَر بالمالِ للعملِ به، فنفقتُه فيما يَكْتَرِي لركوبِه ونفقتُه على نفْسِه مِن كسوةٍ، أو طعامٍ يأكلُه، أو أجيرٍ يَخْدِمُه، أو ثوبٍ يَلْبَسُه، أو فِراشٍ يَنامُ عليه، أو ماءٍ يَشْرَبُه، و[2]علفِ دابتِه التي يَرْكَبُها في سفرِه، ويتصرَّفُ عليها في حوائجِه، و[2]غسلِ ثيابِه في مالِ المضاربةِ.

والأصلُ في ذلك أن العادةَ أن الإنسانَ لا يُسافِرُ لأجلِ مالِ غيرِه طلبًا للفائدةِ، ويَجْعَلُ النفقةَ مِن مالِه لربحٍ يَجوزُ أن يكونَ، ويَجوزُ أن لا يَكونَ، وإنما يُنْفِقُ مِن المالِ فصار المعتادُ كالمأذونِ فيه بالنطقِ؛ ولأن سفرَه [3]لأَجْلِ المالِ لا[3] على وجْهِ التبرُّعِ مِن غيرِ بدَلٍ مضمونٍ فكانت نفقتُه فيه، وليس كذلك في الحضرِ؛ لأن إقامتَه ليستْ لأَجْلِ المضاربةِ؛ لأنه كان مُقِيمًا قبْلَها فلم تكن نفقتُه في المالِ، وقد قال الشافعيُّ في أحدِ قولَيه: إنه لا يُنْفِقُ مِن المضارَبةِ في

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٣)، و«المبسوط» (٢٢/ ٦٢)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ١٠٥)، و«مجمع الضمانات» (ص ٣٠٧).

(٢) في (ر، س): «أو».

(٣-٣) في (ي): «لأخذ المال».



السفَرِ أيضًا[1].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنها مؤنةٌ تَلْزَمُ لسفَرِ المضاربةِ فوجَب أن يكونَ فيها، أصلُه حمْلُ المتاعِ.

فإن قيل: رَضِي بنصيبِه مِن الربحِ، فلا يستَحِقُّ الزيادةَ عليه مِن غيرِ شرْطٍ.

قيل له: النفقةُ ليستْ مستَحَقَّةً له لكنها مِن مُؤَنِ المالِ كأَجْرِ الأُجَراءِ للعملِ في المالِ وأُجْرةِ الحمَّالِ، وإذا ثبَت أن نفقةَ السفَرِ في المالِ، أَنْفَق ما لا بُدَّ له منه في سفَرِه؛ لأن الإذن مُستفادٌ بالعادةِ فيثْبُتُ منه مقدارُ ما جرَتِ العادةُ به دُونَ غيرِه.

فأما شربُ الدواءِ، والحجامةُ، وما أَشْبَه ذلك فهو على المضارِبِ؛ لأن ما كان نادرًا لا يثْبُتُ بالعادةِ؛ ولأنه لا يُقْضَى به في سائرِ النفقاتِ.

وقد قال الحسنُ، عن أبي حنيفةَ: أن كلَّ ذلك في المالِ[2]؛ لأن ما يثْبُتُ فيه نفقةُ الإنسانِ يكونُ الدواءُ فيه كمالِه، ويَجِبُ على أصلِهم أن يحتَسِبَ بالنفقةِ مِن الربحِ، فإن لم يكن فمِن رأسِ المالِ؛ لأنه جزءٌ هالِكٌ مِن المالِ وذلك سبيلُه.

وما أَنْفَقه المضاربُ مِن مالِه، فما يَجوزُ له أن يُنْفِقَ مِن مالِ المضاربةِ فهو دَيْنٌ في المضاربةِ؛ وذلك لأن له الإنفاقَ مِن المالِ وتدبيرُه إليه، فإذا أنفق من مالِ نفْسه رجَع فيه كالوَصِيِّ[3] إذا أَنْفَق على الصغيرِ مِن مالِ نفْسه، فإن هلَك

(١) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٣١٨)، و«المهذب» (٢/ ٢٣١)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٤٦١)، و«بحر المذهب» (٧/ ٨٥)، و«روضة الطالبين» (٥/ ١٣٥).

(٢) ينظر: «المبسوط» (٢٢/ ٦٣)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٣)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ١٠٦).

(٣) في (أ٢، ح٢، س، ض، ع، ي): «كالموصى»، وفي (ر): «كالموصى إليه».

المالُ لم يَرْجِعْ على ربِّ المالِ؛ لأنها نفقةٌ واجبةٌ في مالٍ مخصوصٍ فهو كالزكاةِ الواجبةِ إذا هلَكَ المالُ أنها تسقُطُ كذلك هذا.

ولو أقام المضاربُ في بعضِ البلادِ للبيعِ والشراءِ أنْفَق مِن المالِ، فإن استَوْطَن بعضَ البلادِ لم يَجُزْ له أن يُنْفِقَ مِن المالِ؛ لأن إقامتَه ليستْ لأجْلِ المالِ.

وقالوا: يُنْفِقُ على كلِّ مَن كان معه مِمَّنْ يُعِينُه على العملِ في مالِ المضاربةِ مِن المالِ؛ لأن نفقةَ هؤلاءِ كنفقةِ نفْسِه؛ لأنه لا يَتوصَّلُ إلى السفرِ إلا بهم[1].

وقالوا: ليس على ربِّ البضاعةِ نفقةٌ إلا أن يكونَ أَذِن له، وذلك لأنه تبرَّع بأَخْذِها فلم يكن له نفقةٌ كالمودَعِ[1]. ولو خلَط المضاربُ مالَ المضاربةِ بمالِه وقد أَذِن له في ذلك، فالنفقةُ على الحِصَصِ؛ لأن السفَرَ لأَجْلِ المالَيْنِ.

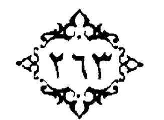
وقالوا: إذا رجَع المضارِبُ إلى مِصْرِه، ومعه مِن الثيابِ التي اشتراها لكسوَتِه، أو غيرِ ذلك مِن الطعامِ والآلةِ، فإنه يَرُدُّه إلى المضاربةِ[2]؛ لأنه أَذِن له في النفقةِ لأَجْلِ السفَرِ، وقد انْقَطَع وزال الإذنُ، فما بَقِي يَعُودُ إلى أصلِه.

وقد قالوا: إذا اختلَف ربُّ المالِ والمضارِبُ، فقال ربُّ المالِ: أَمَرْتُكَ أن تَتَّجِرَ في الحنطةِ دُونَ ما سواها، وقال المضارِبُ: ما سَمَّيْتَ لي تجارةً بعَيْنِها. فالقولُ قولُ المضارِبِ؛ لأن مقتَضَى المضاربةِ العمومُ على ما بيَّنَّا، فإذا اختلَفا كان القولُ قولَ مَن يدَّعِي مقتَضَى العقدِ وهو العمومُ، والمدَّعِي للخصوصِ يَدَّعِي زيادةَ شرْطٍ، فيَحتاجُ إلى بينةٍ.

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١٠٦).

(٢) ينظر: «الأصل» (٤/ ١٨٠)، و«المبسوط» (٢٢/ ٦٣)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ١٠٧).



وقال الحسنُ: القولُ قولُ ربِّ المالِ؛ لأن الأَمْرَ مُستفادٌ مِن جهةِ ربِّ المالِ، فالقولُ قولُه كيفَ أَمَر، ومِن أصحابِنا مَن قال: إنه قول زُفَرَ[1].

وعلى هذا إن اختلَفا في البلادِ دُونَ ما سواها؛ لأن إطلاقَ المضاربةِ على الروايةِ المشهورةِ يقْتَضِي السفرَ، فقد عدَل مدَّعِي الخصوصِ عن مقتَضَى العقدِ، فلا يُقْبَلُ قولُه.

ولو قال ربُّ المالِ: دفَعْتُ إليك مضاربةً في البُـرِّ[2]، وقال المضارِبُ في الطعامِ. فالقولُ قولُ ربِّ المالِ في قولِهم[3]؛ لأنهما اتفقا على خصوصِ العقدِ وزوالِ إطلاقِه، فكان الرجوعُ في ذلك إلى قولِ مَن استُفِيد الإذْنُ مِن جهتِه أَوْلى مِن الرجوعِ إلى إطلاقِ العقدِ.

ولو اختلَفا فقال ربُّ المالِ: رأسُ مالي ألفانِ، وشرَطْتُ لكَ ثلثَ الربحِ. وقال المضارِبُ: رأْسُ مالِكَ ألفٌ وشرَطْتَ نصفَ الربحِ. وفي يدِ المضارِبِ ألفانِ، فالقولُ قولُ ربِّ المالِ في شرْطِ الربحِ، وقولُ المضارِبِ في رأْسِ المالِ.

وقال زفرُ: القولُ قولُ ربِّ المالِ في الوجْهَيْنِ. وهو قولُ أبي حنيفةَ الأَوَّلِ[4].

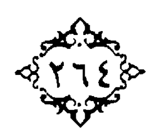
وجْهُ قولِهم المشهورِ: أن اختلافَهما في رأْسِ المالِ اختلافٌ في المقبوضِ فالقولُ فيه قولُ القابِضِ؛ ألا ترى أنه لو قال: لم أَقْبِضْ شيئًا كان القولُ قولَه،

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١٠٩)، و«الهداية» (٣/ ٢١٢)، و«العناية» (٨/ ٤٨٢)، و«قرة عين الأخيار» (٨/ ٤٥٨).

(٢) في (ح، ر، س، ض، ع): «البز»، وهو على الوجهين جميعًا في مصادر التخريج.

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١٠٩)، و«الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ٢١)، و«قرة عين الأخيار» (٨/ ٤٥٨).

(٤) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١٠٩).



فكذلك إذا اعْتَرَف بقبضِ شيءٍ دُونَ شيءٍ، وإذا اختلَفا في شرْطِ الربحِ فالقولُ قولُ ربِّ المالِ؛ لأنه لو قال: لم أَشْرُطْ لك رِبحًا وإنما دفَعْتُه بضاعةً. كان القولُ قولَه، كذلك إذا أقرَّ بشيءٍ دُونَ شيءٍ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن الربحَ مُستفادٌ مِن أصلِ المالِ، وقد اتفقا أن جملةَ المالِ مضاربةٌ وادَّعى المضارِبُ استحقاقًا فيها ونفاه المالِكُ فالقولُ قولُه، وليس كذلك إذا قال المضارِبُ[1]: بعضُ هذه الألْفَيْنِ لي خَلَطْتُه بها أو بضاعةٌ في يدِي؛ لأنهما لم يَتَّفِقا أن الجميعَ مِن مالِ المضاربةِ، ومَن في يدِه شيءٌ، فالظاهِرُ أنه له إلَّا أن يَعْتَرِفَ به لغيرِه، ولم يَعْتَرِفْ لربِّ المالِ إلا بهذا القَدْرِ، فكان القولُ قولَه.

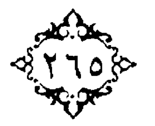
ولو قال ربُّ المالِ: شرَطْتُ لك ثلثَ الربحِ وزيادةَ عشرةٍ، وقال المضارِبُ: بل شرَطْتَ لي الثلثَ. فالقولُ قولُ المضارِبِ؛ لأنهما اتَّفقا على شرْطِ الثلثِ، وادَّعى ربُّ المالِ زيادةً لا منفعةَ له فيها إلا فسادَ العقدِ، فلم يُقْبَلْ قولُه.

ولو قال: شرطْتُ لك الثلثَ إلا عشرةً، وقال المضارِبُ: بل الثلثَ. فالقولُ قولُ ربِّ المالِ؛ لأنه أقرَّ له ببعضِ الثلثِ والمضارِبُ يدَّعِي تمامَه، فلا يُقْبَلُ قولُه.

ولو قال: شرطْتُ نصفَ الربحِ، وقال المضارِبُ: شرطْتَ لي مئةَ درهمٍ، أو لم تَشْتَرِطْ لي شيئًا ولي أَجْرُ المثْلِ. فالقولُ قولُ ربِّ المالِ؛ لأن المضارِبَ يدَّعِي أجْرًا مضمونًا في ذِمَّتِه، وهو يَنْفِي ذلك فالقولُ قولُه.

فإن أقام ربُّ المالِ البينةَ على شرطِ النصفِ، وأقام المضارِبُ البينةَ أنه لم يَشْرُطْ له شيئًا فالبينةُ بينةُ ربِّ المالِ؛ لأنها مُثْبِتةٌ للشرْطِ وبينةُ المضارِبِ تَنْفِيه،

(١) في (ي): «القابض».



ولو أقام المضارِبُ البينةَ أنه شرَط له مئةَ درهمٍ، فبَيِّنَتُه أَوْلى؛ لأنه أَثْبَت بها أَجْرًا مضمونًا وأَثْبَت شرْطًا في مقابلةِ الشرطِ الذي أَثْبَته ربُّ المالِ، فكانت البينةُ الموجبةُ للضمانِ أَوْلى.

ولو قال المضارِبُ: أَقْرَضْتَنِي المالَ فرِبْحُه لي، وقال ربُّ المالِ: بل هو مضاربةٌ أو بضاعةٌ. فالقولُ قولُ ربِّ المالِ؛ لأن المضارِبَ يدَّعِي عليه التمليكَ، وهو يُنْكِرُ ذلك، ولو قال المضارِبُ: دفَعْتَ إليَّ مضاربةً، وقال ربُّ المالِ: أَقْرَضْتُكَ. فالقولُ قولُ المضارِبِ؛ لأنهما اتَّفقا أن الأخذَ بإذْنِ المالِكِ، وربُّ المالِ يدَّعِي على المضارِبِ الضمانَ، فالقولُ قولُه في نَفْيِه.

وقد قالوا: إذا كان رأْسُ المالِ دراهمَ، فليس له أن يشْتَرِيَ بغيرِ الدراهمِ، والدنانيرِ، والفُلُوسِ؛ وذلك لأن الشراءَ بغيرِ الأثمانِ استدانةٌ على المالِ[1]؛ ألا ترى أنه ليس في يدِه مِن مالِ المضاربةِ ما يؤدِّيه، والاستدانةُ لا تَجوزُ على ما بيَّنَّاه.

وأما إذا كان في يدِه دراهمُ، فاشتَرى بدنانيرَ، فالقياسُ أن لا يَجوزَ، وهو قولُ زفرَ، والاستحسانُ أن يَجوزَ، وقد مضَى وجْهُ ذلك في غيرِ موضعٍ[2].

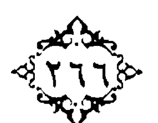
وقد قالوا: لو اشتَرى بقَدْرِ رأْسِ المالِ وبأكملَ مِن صفتِه لم يَجُزْ؛ لأنه ليس في يدِه القَدْرُ الذي اشتَرى به، والظاهرُ مِن مذاهبِهم جوازُه؛ لأن تفاوُتَ الصفةِ دُونَ تفاوتِ الجنسِ[3].

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٩٠)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٦٩).

(٢) ينظر: «الأصل» (٤/ ٣٢٧)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٩١)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٦٩).

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٩١).



وقالوا: لو اشترى بجميعِ رأسِ المالِ متاعًا، ثُمَّ استأْجَر على حمْلِها أو قِصارَتِها فهو متطوِّعٌ في ذلك؛ لأنه لم يَبْقَ في يدِه ما يَجوزُ عقْدُه به فصار عاقِدًا لنفْسِه، فيكونُ متطوِّعًا به في حقِّ الغيرِ، كمَن حمَل متاعًا لغيرِه أو قصَّرَه[1].

وقد قالوا: إذا جحَد المضارِبُ مالَ المضاربةِ، ثُمَّ اشترى به بعْدَ ذلك أو ضاع فهو ضامنٌ؛ لأن المضاربةَ أمانةٌ فإذا جحَدها ضَمِن كالمودَعِ، فإن اشترى بها مع الجحودِ فهو لنفْسِه؛ لأنه ضامنٌ للمالِ، ومِن حكْمِ المضارِبِ أن يكونَ أمينًا، فقد انْتَفَى حكمُ المضاربةِ بالضمانِ.

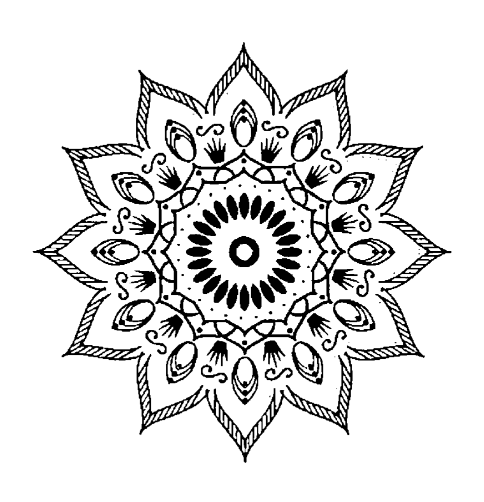
ولو أقرَّ بها بعْدَ الجحودِ لم يرْتَفِعِ الضمانُ؛ لأنه قد ردَّ الأَمْرَ بالجحودِ، فلا تَعُودُ صفةُ الأَمْرِ في الإمساكِ إلا بسببٍ آخرَ، فإن أقرَّ بها، ثُمَّ اشْتَرى، فالقياسُ أن يكونَ ما اشتَراه لنفْسِه؛ لأنه ضَمِن المالَ بالجحودِ، فلا يَبْرَأُ منه بفِعْله، والاستحسانُ أن يكونَ ما اشتَراه على المضاربةِ؛ لأن الأَمْرَ بالشراءِ عامٌّ فيما قبْلَ الجحودِ وبعْدَه، فإذا اشْتَرى فقد زال التعدِّي حِينَ فعَل ما أُمِر به.

واللَّهُ أعلمُ

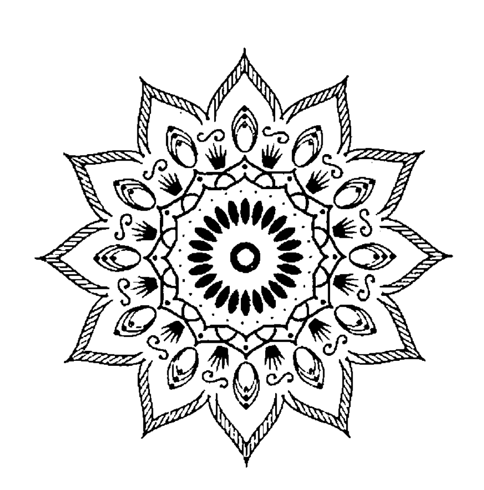
---

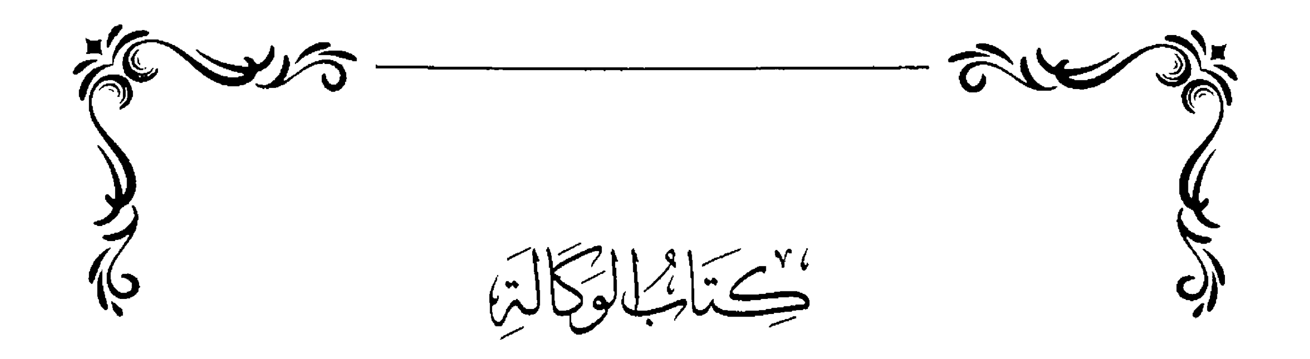
(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٩١)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٧٢).





كِتَابُ الوَكَالَةِ





كتاب الوكالة

الوَكَالةُ في اللغةِ: عبارةٌ عن الحفظِ، ومنه قولُهم: حَسْبُنا اللَّهُ ونِعْمَ الوكيلُ، معناه: نِعْمَ الحافِظُ.

وقد قال أصحابُنا: لو قال رجلٌ لرجلٍ: وكَّلْتُكَ في كذا. فهو وَكِيلٌ في الحفظِ؛ لأن إطلاقَ اللفظِ يقْتَضِي ذلك، فلا يثبُتُ ما زاد عليه إلا بلفظٍ يقْتَضِيه[1].

والأصلُ في جوازِ الوَكَالةِ ما رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دفَع إلى عروةَ البارِقِيِّ دينارًا لِيَشْتَرِيَ به له أُضحيةً»[2]، ورُوِي: «أن رجلًا طلَب مِن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ شيئًا فأخَذ هُدْبةً[3] مِن ثوبِه، وقال له: ائْتِ وكيلِي بخيبرَ، وقُلْ له: بعلامةِ كذا فلْيُعْطِكَ»[4].

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١٩)، و«البحر الرائق» (٧/ ١٣٩).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٣٨٥)، والترمذي (١٢٥٨)، وابن ماجه (٢٤٠٢) من طريق سعيد بن زيد، عن الزبير بن الخريت، عن أبي لبيد، عن عروة البارقي. قال البيهقي (٦/ ١١٢): «رواه جماعة عن سعيد بن زيد، وهو أخو حماد بن زيد، وليس بالقوي». وينظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ١٠).

(٣) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩١): «هُدبةُ الثوبِ بضم الهاء، وسكون الدال المهملة، وبعدها موحدة وتاء: طرفه». وقال الفيومي في «المصباح المنير» (٢/ ٦٣٥) (هـ د ب): «هُدبةُ الثوبِ: طُرَّتُه، مثالُ غُرفة، وضم الدال للإتْباع لغة».

(٤) أخرجه أبو داود (٣٦٣٢) من طريق ابن إسحاق، عن أبي نعيم وهب بن كيسان، عن جابر. =



قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: كلُّ عقْدٍ جاز أن يَعْقِدَه الإنسانُ بنفْسِه جاز أن يُوكِّلَ به.

والأصلُ في ذلك: «أن النبيَّ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دفَع إلى حكيمِ بنِ حِزامٍ دينارًا لِيَشْتَرِيَ به له أُضحيةً»[1]، «ووكَّل صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عمرَ بنَ أُمِّ[2] سلمةَ في النكاحِ»[3].

وإذا ثبَت جوازُها في البيعِ والنكاحِ ثبَت في سائرِ العقودِ، بعِلَّةِ أنه عقدٌ يَجوزُ أن يتولَّاه الموكِّلُ، فجاز أن يوكِّلَ به كالبيعِ.

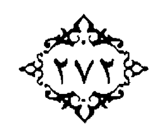
قال: ويَجوزُ التوكيلُ بالخصومةِ في سائرِ الحقوقِ وإثباتِها.

وأعلَّه ابن القطان بابن إسحاق، وأنكر على عبد الحق سكوته عنه؛ لأنه مدلس ولم يصرح بالتحديث. وحسن إسناده الحافظ ابن حجر، ولم يبين وجه تحسينه. ينظر: «بيان الوهم والإيهام» (٤/ ٤٩١)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ١١٢).

(١) أخرجه أبو داود (٣٣٨٦) من طريق سفيان، حدثني أبو الحصين، عن شيخ من أهل المدينة، عن حكيم بن حزام. وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٩٠): «في إسناده رجل مجهول».
وأخرجه الترمذي (١٢٥٧) عن حبيب بن أبي ثابت، عن حكيم بن حزام به. وقال الترمذي: «حبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام».

(٢) من (أ٢، ح، ر، ي)، وهو الموافق لما في «الهداية» (٣/ ١٣٦)، و«العناية» (٧/ ٥٠٢)، و«البناية» (٩/ ٢١٨)، وهو عمر بن أبي سلمة القرشي المخزومي، ربيب رسول الله صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، أمه أم المؤمنين أم سلمة المخزومية، يكنى أبا حفص، ولد في السنة الثانية من الهجرة بأرض الحبشة. ينظر: «الاستيعاب» (٣/ ١١٥٩)، و«أسد الغابة» (٣/ ٦٨٠)، و«الإصابة» (٤/ ٤٨٧).
وأما عمر بن سلمة فهو عمر بن سلمة بن أبي يزيد المدني، تابعي، يَروي عن أبيه، عن جابر بن عبد الله. ينظر: «التاريخ الكبير» (٤/ ٧٦)، و«تعجيل المنفعة» (٢/ ٣٩).

(٣) أخرجه النسائي (٣٢٥٤)، وفي «الكبرى» (٥٣٩٦) من طريق حماد بن سلمة، عن ثابت البناني، حدثني ابن عمر بن أبي سلمة، عن أبيه، عن أم سلمة. ينظر: «نصب الراية» (٤/ ٩٢- ٩٤).



وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وقال أبو يوسفَ: لا يَجوزُ في إثباتِ الحدِّ[1] والخصومةِ فيه[2].

أما الدليلُ على جوازِ التوكيلِ في الخصومةِ في الجملةِ: فما رُوِي: «أن عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وكَّل أخاه عَقِيلًا بالخصومةِ، ثُمَّ وكَّل بعْدَه عبدَ اللَّهِ بنَ جعفرٍ، وكان لا يَحْضُرُ الخصومةَ، ويقول: إنَّ لها لَقُحَمًا[3]، وإن الشيطانَ يَحْضُرُها»[4].

وأما الخصومةُ في الحدودِ والقِصاصِ؛ فوجْهُ قولِ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ في جوازِ التوكيلِ بها: هو أنه إثباتُ حقٍّ لا يؤثِّرُ فيه الشبهةُ فجاز التوكيلُ فيه كسائرِ الحقوقِ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الإثباتَ يُحتاجُ إليه للاستيفاءِ، فإذا لم يَجُزِ الاستيفاءُ بما قام مقامَ الغيرِ فكذلك الإثباتُ.

قال: وبالاستيفاءِ إلا في الحدودِ والقِصاصِ، فإن الوَكالةَ باستيفائِها لا تَصِحُّ مع غَيبةِ الموكِّلِ عن المجلِسِ.

أما جوازُها باستيفاءِ سائرِ الحقوقِ؛ فلأنها لا تؤثِّرُ فيها الشبهةُ فجاز التوكيلُ بها كالبيعِ.

---

(١) في (ي): «الحدود».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٢٨)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢١)، و«الهداية» (٣/ ١٣٦).

(٣) قال في حاشية (ح): «القُحَم جمع قُحمة بضم القاف وهي المهلكة، ومعناه أن لها أمورًا شاقة. طِلبة، وقال في المغرب: وفتح القاف خطأ». وينظر: «طلبة الطلبة» (ص ١٣٨)، و«المغرب» (٢/ ١٥٩).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٦٣٨)، والبيهقي (٦/ ٨١) من طريق محمد بن إسحاق، عن جهم ابن أبي الجهم، عن عبد اللَّه بن جعفر.



فأما الحدودُ والقِصاصُ فتسقُطُ بالشبهةِ، والوكيلُ يَستَوْفِي مع وجودِ الشبهةِ لجوازِ أن يكونَ الموكِّلُ قد عفَا، والحَدُّ[1] والقِصاصُ لا يَجوزُ استيفاؤُه مع الشبهةِ، وقد كان القياسُ أيضًا أن لا يَجوزَ التوكيلُ بالاستيفاءِ مع حضورِ الموكِّلِ في المجلسِ؛ لأنه استيفاءٌ بما قام مقامَ الغيرِ فصار بمنزلةِ الشهادةِ على الشهادةِ.

وإنما تركوا القياسَ واستَحْسَنُوا؛ لأنه لو لم يَجُزِ النيابةُ بطَل الحدُّ والقصاصُ؛ لأن المستَحِقَّ قد[2] لا يُحْسِنُ الاستيفاءَ، فلا بُدَّ أن يَسْتَنِيبَ مَن يَقْدِرُ على ذلك.

وقد قال الشافعيُّ: يَجوزُ الاستيفاءُ مع غَيبةِ الموكِّلِ[3].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنه يَستَوْفِي القِصاصَ مع تجويزِ العفوِ الظاهِرِ، فلم يَجُزْ، أصلُه إذا ادَّعى القاتِلُ العفوَ وزَعَم أن له بَيِّنَةً.

فإن قيل: فيَجِبُ إذا شَهِد الشهودُ، ثُمَّ غابوا أن لا يَسْتَوْفِيَ الحدَّ لجوازِ أن يكونُوا رَجَعُوا.

قيل له: ليس الظاهرُ مِن الشهودِ الرجوعَ، ولا نُدِبُوا[4] إليه، وليس كذلك في مسألِتنا؛ لأن الوَلِيَّ قد يَرِقُّ فيَعْفُو وهو مندُوبٌ إلى العفْوِ، فلو استَوْفى الوكيلُ مع غَيبتِه استَوْفَى مع الشبهةِ.

فإن قيل: حَقٌّ يدْخُلُه النيابةُ فجاز أن يُوكِّلَ في استيفائِه مع غَيبتِه، أصلُه الدَّيْنُ.

---

(١) في (ي): «الحدود».　　(٢) من (ع).

(٣) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٥١٧)، و«المهذب» (٢/ ١٦٣)، و«بحر المذهب» (٦/ ٤٤)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٢٩٤).

(٤) في (أ٢، ر، ع، غ، ي): «يدنوا»، ورسمت بغير نقط في (ح٢، ض).



قيل له: الدَّيْنُ لا يسقُطُ بالشبهةِ ويُمْكِنُ استِدْراكُه بعْدَ استيفائِه، وأكثرُ الأحوالِ أن يكونَ صاحبُ الدَّيْنِ قد أَبْرَأَ منه، وهذا لا يَمْنَعُ الاستيفاءَ، والقِصاصُ يؤثِّرُ فيه الشبهةُ ولا يُمْكِنُ استِدْراكُه بعْدَ الاستيفاءِ فاختَلَفا.

قال: وقال أبو حنيفةَ لا يَجوزُ التوكيلُ بالخصومةِ إلا برضا الخَصْمِ إلَّا أن يكونَ الموكِّلُ مريضًا أو غائبًا مسيرةَ ثلاثةِ أيامٍ فصاعِدًا، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَجوزُ التوكيلُ بغيرِ رضا الخصْمِ[1].

وبه قال الشافعيُّ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: حديثُ أمِّ سلمةَ أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إِذَا ابْتُلِيَ أَحَدُكُمْ بالقَضَاءِ فَلْيُسَوِّ بَيْنَهُمْ فِي المَجْلِسِ، وَالنَّظَرِ، وَالإِشَارَةِ، ولا يَرْفَعْ صَوْتَهُ عَلَى أَحَدِ الخَصْمَيْنِ [3]أَكْثَرَ مِنَ[3] الآخَرِ»[4].

ولأن الخصومةَ حقٌّ لَزِم المطلوبَ يَخْتَلِفُ باخْتِلَافِ مَنْ يَتولَّاهُ، فلا يَجوزُ أن يُحِيلَ به على غيرِه إلا برضا صاحبِ الحقِّ، أصلُه الدَّيْنُ.

---

(١) ينظر: «المبسوط» (١٩/ ٣)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٢)، و«الهداية» (٣/ ١٣٦)، و«العناية» (٧/ ٥٠٧).

(٢) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٥٠٨)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٣٤)، و«بحر المذهب» (٦/ ٣٣)، «والتهذيب» (٤/ ٢١٢).

(٣-٣) في (ي): «دون».

(٤) أخرجه أبو يعلى (٥٨٦٧، ٦٩٢٤)، والطبراني في «الكبير» (٢٣/ ٢٨٦) (٩٢٣)، والدارقطني (٤٤٦٦)، والبيهقي (١٠/ ٢٢٨) من طريق عباد بن كثير، عن أبي عبد الله، عن عطاء بن يسار، عن أم سلمة. وعباد بن كثير، ضعيف متروك الحديث. ينظر: «التلخيص الحبير» (٤/ ٣٥٤).

وجْهُ قولِهما: أنه توكيلٌ في حقٍّ، فلا يُعْتبَرُ فيه رضا الخصمِ كالتوكيلِ في استيفاءِ الدَّيْنِ، وإذا ثبَت عند أبي حنيفةَ أنها لا تَجوزُ لم يَلْزَم الخصمَ الجوابُ للوكيلِ، فأما المريضُ الذي لا يَقْدِرُ على الحضورِ فيَجوزُ توكيلُه؛ لأن الحضورَ لا يَلْزَمُه مع تعذُّرٍ منه، وإذا سقَط الحضورُ[1] عنه انتقلتِ الخصومةُ إلى مَن يقومُ مقامَه كالميِّتِ، وكذلك الغائبُ على مسيرةِ ثلاثةِ أيامٍ لا يَلْزَمُه الحضورُ؛ لأن في تكليفِ السفَرِ مشقةً، وإذا سقَط عنه الحضورُ جاز أن يوكِّلَ.

فأما المرأةُ التي لم تَجْرِ عادتُها بالخروجِ ولا حضورٍ في مجلسِ الحكْمِ، فكان الشيخُ أبو بكرٍ الرازيُّ يقولُ: يَجوزُ لها أن توكِّلَ؛ لأنها لم تأْلَفْ خطابَ الرجالِ، فإذا حضَرتْ مجلِسَ الحكْمِ انقبَضَتْ فلم تَنْطِقْ بحجَّتِها فلَحِقها بذلك ضررٌ، فسقَط عنها الحضورُ وجاز لها أن توكِّلَ، قال الشيخُ أبو بكرٍ الرازيُّ: وهذا شَيءٌ استَحْسَنه المتأخِّرُون مِن أصحابِنا، فأما ظاهرُ الأصلِ[2] فيقْتَضِي خلافَ ذلك[3].

قال: ومِنْ شرطِ الوَكالةِ أن يكونَ الموكِّلُ يَمْلِكُ التصرُّفَ وتَلْزَمُه الأحكامُ، والوكيلُ مِمَّنْ يَعْقِلُ[4] العقْدَ ويَقْصِدُه.

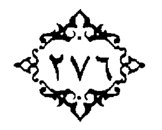
---

(١) في (س): «الخصومة».

(٢) قال في حاشية (ح): «قال أبو يوسف: إذا كان المطلوب مريضًا أو امرأةً مخدرة لا يخرج يبعث إليها من يستخلفها. قال أبو حنيفة: لا أبعث من يستخلف. فتاوى الصغرى، وفيها أيضًا: إذا بعث القاضي أمينًا في باب أو أمينين إلى امرأة لا تخرج للأمين، فقال للأمين: حلفها. لا يقبل قوله إلا بشاهد. فتاوى صغرى».

(٣) ينظر: «التجريد» (٦/ ٣٠٦٣)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٢٩٨).

(٤) في (ي): «يملك».



وهذا صحيحٌ؛ لأن الوكيلَ يتصرَّفُ مِن جهةِ الآمِرِ، وإذا كان الآمِرُ لا يَمْلِكُ التصرُّفَ فالوكيلُ أَوْلى أن لا يَملِكَ، وإذا كان الوكيلُ لا يَعْقِلُ[1] العقدَ؛ مثْل أن يكونَ صَبِيًّا أو مجنونًا لا يَعْقِلُ لم يَصِحَّ الوَكَالةُ أيضًا؛ لأنه لا يتعلَّقُ بقولِه حكْمٌ، وليس له قولٌ صحيحٌ.

قال: فإذا وكَّل الرجلُ الحرُّ البالِغُ أو المأذُونُ مثلَهما جاز.

وذلك لأن الحرَّ جائزُ التصرُّفِ يَمْلِكُ العقدَ فصحَّ توكيلُه به ووكالتُه وكذلك المأذونُ؛ لأنه يَمْلِكُ العقدَ ويَجوزُ تصرُّفُه فيه فصار كالحُرِّ.

قال: وإن وكَّل[2] صَبِيًّا محْجُورًا يَعْقِلُ البيعَ والشراءَ، أو عبْدًا محْجُورًا جازَ.

وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ توكيلُ الصبيِّ[3].

دليلُنا: أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما خطَب أُمَّ سلمةَ قالت: ليس أحَدٌ مِن أوليائي شاهِدًا. فقال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَيسَ أَحَدٌ مِنْ أَوْلِيائِكِ إِلَّا وَهُوَ يَرْضَى بِي». ثُمَّ قال لِعُمَرَ بنِ أُمِّ سَلَمَةَ: «قُمْ فَزَوِّجْهَا»[4]. وكان صغيرًا فأجاز صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

---

(١) في (ي): «يملك».

(٢) في (نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٢٩٩): «وكَّلا». وهو الموافق لما في «الهداية» (٣/ ١٣٧)، و«العناية» (٧/ ٥١٣)، وقال في «اللباب في شرح الكتاب» (٢/ ١٤٠): «وإن وكَّلا». أي: الحر البالغ أو المأذون.

(٣) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٥٠٥)، و«المهذب» (٢/ ١٦٤)، و«التهذيب» (٤/ ٢١١)، «وروضة الطالبين» (٤/ ٢٩٨).

(٤) تقدَّم، والذي في مصادر التخريج: «فَقَالَتْ لِابْنِهَا: يَا عُمَرُ، قُمْ فَزَوِّجْ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»، =



تَزْوِيجَه إِيَّاها بأَمْرِها.

فإن قيل: غيرُ مكلَّفٍ، فلم يَجُزْ توكيلُه كالمجنونِ.

قيل له: المجنونُ لا يَقْصِدُ البيعَ فلا يَنْعَقِدُ بيعُه كالهازِل، والصبيُّ له قصْدٌ صحيحٌ فصحَّ توكيلُه كالبالِغِ، وأما العبدُ فهو مكلَّفٌ يَملِكُ التصرُّفَ على نفْسِه؛ وإنما لا يَمْلِكُ التصرُّفَ في حقِّ مولاه، وليس في التوكيلِ تصرُّفٌ في حقِّ المولى فجاز.

قال: ولا يتعلَّقُ بهما الحقوقُ ويتعلَّقُ بموكِّلِهما.

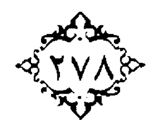
وقد رُوِي عن أبي يوسفَ: أن المشتَرِيَ إن عَلِم أن بائعَه صَبِيٌّ أو محجورٌ عليه لم يتعلَّق الحقوقُ به، وإن لم يَعْلَم، ثُمَّ عَلِم ثبَت له الخيارُ في الفسْخِ[1].

وإنما قُلنا: لا يَلْزَمُهما الحقوقُ والعهدةُ، فلأنَّ قولَهما لا يَجوزُ على أنفُسِهما في ضمانِ الثمنِ وتسليمِ المبيعِ؛ وإنما هو تبرُّعٌ وتبرُّعُهما لا يَصِحُّ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن البائعَ إذا لم يَعْلَمْ فالظاهِرُ أنه دخَل في العقدِ على أن حقوقَه تتعلَّقُ بالعاقِدِ، فإذا لم يكن كذلك صار بمنزلةِ العيبِ فيثْبُتُ له الخيارُ؛ ولأنه لو أقرَّ بقبضِ الثمنِ لم يَصِحَّ، فصار بمنزلةِ المريضِ إذا كان عليه دينٌ في الصحةِ، ثُمَّ باع عبدًا أو أقرَّ بقبضِ ثمنِه مِن المشتَرِي أنه لا يُصدَّقُ، ويكونُ للمشتَرِي الخيارُ في فسخِ العقدِ لِما لَحِقه مِن العيبِ، كذلك هذا.

وهو الموافق لما في «شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ٢٦٣)، و«التجريد» (٦/ ٣١٢٨)، و«نصب الراية» (٤/ ٩٢).

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٣٧)، و«العناية» (٧/ ٥١٤)، و«البناية» (٩/ ٢٢٨).



قال: والعقودُ التي يَعْقِدُها الوُكَلاءُ على ضَرْبَيْنِ كلُّ عقْدٍ يُضِيفُه الوكيلُ إلى نفْسِه مثلُ البيعِ والإجارةِ، فحقوقُ ذلك العقدِ يتعلَّقُ بالوكيلِ دُونَ الموكِّلِ؛ فيُسلِّمُ المبيعَ، ويَقْبِضُ الثمنَ، ويُطالِبُ بالثمنِ إذا اشْتَرى، ويَقْبِضُ المبيعَ، ويُخاصِمُ في العيبِ.

وقال الشافعيُّ: الحقوقُ تتعَلَّقُ بالموكِّلِ[1].

دليلُنا: أن الوكيلَ أضاف العقدَ إلى نفْسِه، وهو مِمَّنْ يَلْزَمُه الضمانُ بعقدِه، وإيجابُ الضمانِ عليه لا يُبْطِلُ السببَ الذي ملَكَ التصرُّفَ به فتعلَّقَتِ الحقوقُ به كالعاقِدِ لنفْسِه، ولا يَلْزَمُ الصبيَّ والعبدَ المحجورَ؛ لأن الضمانَ لا يتعلَّقُ بعقودِهما، ولا يَلْزَمُ القاضِي وأَمِينَه؛ لأن إيجابَ الضمانِ عليهما يُبْطِلُ السببَ الذي ملَكا به التصرُّفَ وهو القضاءُ؛ ألا تَرى أنه يَصِيرُ خصمًا فلا يَجوزُ قضاؤُه في ذلك؛ ولأن كلَّ مَن لَزِمه تسليمُ الثمنِ بالعقدِ كانت الحقوقُ متعلِّقةً به والعهدةُ عليه، أصلُه إذا اشتَرى لنفْسه.

فإن قيل: الثمنُ حقٌّ للموكِّل يَجوزُ لوكيلِه المطالبةُ به، فجاز للموكِّلِ أن يُطالِبَ به، أصلُه سائرُ حقوقِه.

قيل له: لا نُسلِّمُ أن الثمنَ حقٌّ للموكِّلِ، بل هو حقٌّ للوكِيلِ يتعيَّنُ به حقُّ الموكِّلِ، ولهذا يَجوزُ البراءةُ منه؛ ولأن الوكيلَ لا يُطالِبُ بالثمنِ بمقتَضَى الوَكَالةِ، وإنما له المطالبةُ عندَنا بحكْمِ عقدِه، ولهذا لو عزَله الموكِّلُ عن المطالبةِ لم يَنْعَزِلْ، وسائرُ الحقوقِ بخلافِ ذلك.

---

(1) ينظر: «المهذب» (٢/ ١٧٥)، و«بحر المذهب» (٦/ ٨٥).



قال: وكلُّ عقْدٍ يُضِيفُه إلى موكِّلِه كالنكاحِ، والخُلْعِ، والصُّلْحِ مِن دمِ العمدِ فإن حقوقَه تتعلَّقُ بالموكِّلِ دُونَ الوكيلِ، فلا يُطالَبُ وكيلُ الزوجِ بالمَهْرِ، ولا يُلْزَمُ وكيلُ المرأةِ تسليمَها.

وذلك لأن الوكيلَ لا يُضِيفُ هذه العقودَ إلى نفْسِه وإنما يُضِيفُها إلى موكِّلِه، فصار بمنزلةِ الرسولِ بالعقدِ، فلا يتعلَّقُ به الحقوقُ، وقد كان الشيخُ أبو الحسنِ يقولُ في العقودِ التي تتعلَّقُ الحقوقُ فيها بالعاقِدِ إن الملْكَ فيها يَنْتَقِلُ إلى الوكيلِ ومِن جهتِه ينتقِلُ إلى الموكِّلِ[1].

وقال أبو طاهرٍ الدبَّاسُ[2]: بل يَنتَقِلُ إلى الموكِّلِ ابتداءً[3]، وبه قال الشافعيُّ[4].

وجْهُ قولِ أبي الحسنِ: أن الوكيلَ إذا خالَف لَزِمه المُشتَرى، فلو لم يَنْتَقِلِ الملْكُ إليه لم يَلْزَمْه بالمخالفةِ، كما لا يَلْزَمُ الوكيلَ بالنكاحِ إذا خالَف، فلما انتقَل الملْكُ إليه إذا خالَف دلَّ على انتقالِه إليه وإن لم يُخالِفْ، ولا يَلْزَمُ الصبيَّ والعبدَ المحجورَ عليه؛ لأنهما وإن خالَفا لا ينتَقِلُ الملْكُ إليهما.

---

(١) ينظر: «التجريد» (٦/ ٣١١٦)، و«العناية» (٨/ ١٧)، و«البناية» (٩/ ٢٢٩).

(٢) هو محمد بن محمد بن سفيان، أبو طاهر الدباس البغدادي الفقيه، إمام أهل الرأي بالعراق، درس الفِقْه على القَاضِي أبي خازم صَاحب بكر العمي، وكان من أهل السنة والجماعة، صحيح المعتقد تخرج به جماعة من الأئمة، وكان يوصف بالحفظ ومعرفة الروايات، ترك التدريس آخر عمره وجاور بمكة وفرغ نفسه للعبادة إلى أن أتاه أجله. ينظر: «الوافي بالوفيات» (١/ ١٣٧)، و«الجواهر المضية» (٢/ ١١٦)، و«تاج التراجم» (ص ٣٣٦).

(٣) ينظر: «التجريد» (٦/ ٣١١٦)، و«البناية» (٩/ ٢٣٠)، و«البحر الرائق» (٧/ ١٥١).

(٤) تقدَّم قول الشافعي قريبًا.



ولا يَلْزَمُ القاضِي إذا عقَد على وجْهٍ لا يَجوزُ على مالِ الصغيرِ أن المعقودَ عليه ينتَقِلُ إليه، وإن كان لو لم يُخالِفْ لم ينتَقِلْ إليه؛ لأن مِن أصحابِنا مَن قال: إن الملْكَ ينتَقِلُ إلى القاضِي؛ وإنما لا يَلْزَمُه الضمانُ، ومنهم مَن قال: إن القاضِي إذا اعتمَد العقدَ على وجْهٍ لا يَجوزُ خرَج مِن القضاءِ وصار عقْدُه كعقدِ الوكيلِ، وإن فعَل ذلك ساهيًا لم يَخْرُجْ مِن القضاءِ، ولم ينتَقِلِ الملْكُ إليه كما لا ينتَقِلُ إلى العبدِ المحجورِ.

وجْهُ قولِ أبي طاهرٍ: أن الملْكَ لو انتَقَل إلى الوكيلِ لوجَبَ إذا اشتَرى ذوي أرحامِه بالوَكَالةِ أن يَعْتِقُوا عليه؛ لأنه ملكهم، فلمَّا لم يَعْتِقُوا دلَّ على أن الملْكَ لم ينتَقِلْ إليه.

والجوابُ: أن ملْكَ الوكيلِ غيرُ مستَقِرٍّ، بدليلِ أن الملْكَ يَحْصُلُ مع وجوبِ سببِ الانتقالِ، والعِتْقُ إنما يَقَعُ عَقِيبَ الملْكِ، وفي تلك الحالِ الملْكُ منتَقِلٌ غيرُ ثابتٍ، فلذلك لم يَعْتِقُوا عليه، ونظير هذا ما قالوا[1] فيمَن تزوَّج بأمةٍ، ثُمَّ تزوَّج حرةً على رقبةِ الأَمَةِ[2]، وأجاز ذلك مولاها فإنه يَجوزُ، وتَصِيرُ الأَمَةُ مهْرًا للحرَّةِ ولا ينْفَسِخُ النكاحُ بينَهما[3] وبينَ الزوجِ، وإن كان الملْكُ ينتَقِلُ إلى الزوجِ أوَّلًا في الأَمَةِ، ثُمَّ ينتَقِلُ منه إلى الحرَّةِ لَمَا كان انتقالُه إليه غيرَ مستَقِرٍّ؛ كذلك هذا.

فإن قيل: مَن اشتَرى أباه عتَق عليه قبْلَ القبضِ وإن كان الملْكُ غيرَ مستَقِرٍّ.

---

(١) في (ر، س): «قالوه».

(٢) قال في حاشية (ح): «أي: جعل رقبة الأمة مهرًا للحرة».

(٣) في (أ٢، ح، ر، ض): «بينها»، وهو الموافق لما في «البحر الرائق» (٣/ ٣٠٤).



قيل له: لسْنا نُرِيدُ بالاستقرار تمامَ الملْكِ؛ وإنما نريدُ بقولِنا: استَقَرَّ. أي: بَقِي على ما كان عليه.

قال: وإذا طالَب الموكِّلُ المشتَرِيَ بالثمنِ، فله أن يَمْنَعَه إيَّاه.

وذلك لما بَيَّنَّا أن حقوقَ العقد يتعلَّقُ بالعاقدِ فيكون المطالبةُ حقًّا للوكيلِ، فلا يَجوزُ للموكِّلِ المطالبةُ إلَّا بأَمْرِ الوكيلِ، وعلى هذا قال أبو حنيفةَ، ومحمدٌ: إن الوكيلَ إذا أَبْرَأ المشتَرِيَ مِن الثمنِ بَرِئَ ووجَب عليه الضمانُ[1]؛ وذلك لأن وجوبَ الدَّيْنِ في الذِّمَّةِ ليس هو أكثرَ مِن حقِّ المطالبةِ، والمطالبةُ حقٌّ للوكيلِ فكان له إسقاطُه، وعليه الضمانُ؛ لأنه أَتْلَف مالَ الموكِّلِ.

قال: فإن دفَعه إليه جاز ولم يكن للوكيلِ أن يُطالِبَ به ثانيًا.

وذلك لأن قبضَ الوكيلِ يقَعُ للموكِّلِ، والموكِّلُ مستَحِقٌّ مُعَيَّنٌ، فإذا تولَّى القبضَ لنفْسِه جاز، ولم يكن للوكيلِ مطالبتُه ثانيًا كما لا يكونُ للرسولِ.

قال: ومَن وكَّل رجلًا بشراءِ شيءٍ، فلا بُدَّ مِن تسميةِ جِنْسِه وصِفَتِه، أو جنسِه ومبلَغِ ثمنِه، إلا أن يُوكِّلَه وكالةً عامَّةً فيقولُ: ابْتَعْ لي ما رأَيْتَ.

وهذا الذي ذكَره استِحْسانٌ، والقياسُ أن لا يَجوزَ وأن يُمْنَعَ مِن جوازِ الوَكَالةِ ما يُمنَعُ مِن جوازِ البيعِ.

وجْهُ القياسِ: أن المبيعَ ينتَقِلُ إلى الوكيلِ ومِن جهتِه إلى الموكِّلِ فصار الوكيلُ بمنزلةِ البائعِ، فكما لا يَجوزُ أن يَقَعَ البيعُ مع الجهالةِ، فكذلك لا يَجوزُ التوكيلُ.

---

(١) ينظر: «الأصل» (١١/ ٢٧٣)، و«العناية» (٨/ ٢٥)، و«البناية» (٩/ ٢٣٣).



وجْهُ الاستِحسانِ: ما رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّاَللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أَعْطَى عروةَ البارِقِيَّ دينارًا وأَمَره أن يَشْتَرِيَ شاةً»[1]، فذكَر الجنسَ وقدْرَ الثمنِ وسكَت عن الصفةِ، فصار أصلًا في ذلك؛ ولأن الثمنَ إذا عُلِم صارتِ الصفةُ معلومةً، وإذا ذكَر الصفة صار الثمنُ معلومًا فأَغْنَى ذِكْرُ أحدِهما عن الآخرِ.

وأمَّا إذا أَطْلَق له الأَمْرَ ولم يَخُصَّه فقال: اشْتَرِ ما رأيتَ. فإنه يَصِحُّ مع الجهالةِ؛ لأنه فوَّض الرأْيَ إليه فصحَّ مع الجهالةِ كالمُبْضِعِ والمضاربِ، وكان الشيخُ أبو بكرٍ الرازيُّ يقولُ هذا المعْنى على وجْهٍ آخَرَ: وهو أن الوَكالةَ الخاصةَ إذا كانت تَجْمَعُ أجناسًا مختلِفةً أو ما هو في حكْمِ الأجناسِ، فإن الوَكالةَ لا تَجوزُ حتى يُبيِّنَ الصفةَ أو الثمنَ، كقولِه: اشْتَرِ لي ثوبًا. لأن اسمَ الثوبِ يَقعُ على أجناسٍ، فلا بُدَّ أن يذْكُرَ جنسًا منها، وإن اشترى الوكيلُ شيئًا مِن ذلك كان مشتَرِيًا لنفْسِه؛ وكذلك إذا قال: اشتَرِ لي دارًا. لأن الدُّورَ وإن كانت جنسًا واحدًا إلا أنها قد صارتْ في حكْمِ الأجناسِ لكثرةِ تفاوُتِها[2].

فأما إذا كان الاسمُ يَقَعُ على جنسٍ واحدٍ جاز وإن لم يذْكُرِ الصفةَ ولا الثمنَ كقولِه: اشْتَرِ لي حمارًا؛ لأن الصفةَ تَصِيرُ معلومةً بحالِ الموكِّلِ.

قال: وإذا اشتَرى الوكيلُ وقبَض، ثُمَّ اطَّلَع على عيبٍ فله أن يَرُدَّه بالعيبِ ما دام المبيعُ في يدِه.

وذلك لما بَيَّنَّا أن حقوقَ العقدِ تتعلَّقُ بالعاقدِ، فما دام المبيعُ في يدِه، فلم

(١) تقدَّم تخريجه في صدر الباب.

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٢٨٨، ٢٨٩).



يُخرِجْ نفْسَه مِن الوَكَالةِ فكانت الحقوقُ له على حالِها، وأما إذا سلَّمه إلى الموكِّلِ فقد انقَطَع حقُّ الوكيلِ، فلم يَجُزْ له أن يَرُدَّه إلا بإذْنِه، ولهذا قالوا: إذا سلَّمه إلى الموكِّلِ لم يكن للشفيعِ أن يُطالِبَ الوكيلَ بالشفعةِ؛ لأنه خرَج مِن الوَكَالةِ وانقطَع حقُّه، كذلك هذا.

قال: ويَجوزُ التوكيلُ بعقْدِ الصَّرْفِ والسَّلَمِ.

وذلك لأن مِن شرطِ الصرْفِ والسلَمِ قبضُ البدَلِ في المجلِسِ، والوكيلُ عاقدٌ، وحقوقُ العقدِ يتعلَّقُ بالعاقدِ على ما بَيَّنَّاه، فإذا تقابَضَ الوكيلانِ في المجلسِ فقد وُجِد القبضُ المستَحَقُّ قبْلَ الافتراقِ فصحَّ العقدُ، كما لو تعاقَدا لأنفُسِهما ولا يُشْبِهُ هذا الرسولَيْنِ؛ لأن حقوقَ العقدِ لا يتعلَّقُ بالرسولِ فقَبْضُه لا يَقَعُ عن القبضِ المستَحَقِّ فيَقَعُ الافتراقُ عن غيرِ قبْضٍ فيَبْطُلُ العقدُ، يُبيِّنُ ذلك أن الرسالةَ بالعقدِ يتضمَّنُ الإيجابَ والقَبولَ الذي هو العقدُ، ولا يتضمَّنُ غيرَ ذلك، والقبضُ خارجٌ عن العقدِ، فلا يَدْخُلُ تحتَ الرسالةِ فيَصِيرُ قبضُ الرسولِ كقبْضِ غيرِه فلا يَقَعُ عن القبضِ المستَحَقِّ.

قال: فإن فارق الوكيلُ صاحبَه قبْلَ القبْضِ بطَل العقدُ، ولا يُعْتَبرُ مفارقةُ الموكِّلِ.

وذلك لِما بَيَّنَّا أن حقوقَ العقدِ تتعلَّقُ بالعاقدِ، والموكِّلُ ليس بعاقدٍ وهو بمنزلةِ الأجنبيِّ في بابِ العقدِ، فلا يؤثِّرُ فِراقُه قبْلَ القبضِ في العقدِ.

قال: وإذا دفَع الوكيلُ بالشراءِ الثمنَ مِن مالِه وقبَض المبيعَ، فله أن يَرْجِعَ به على الموكِّلِ.



وذلك لأن حقوقَ العقدِ تتعلَّق بالوكيلِ ودفْعُ الثمنِ مِن حقوقِ العقدِ فصار مأْذُونًا في دَفْعِه، فإذا فعَل كان له مطالبةُ الموكِّل به؛ ولأن المبيعَ انتَقَل إلى الموكِّل مِن جهةِ الوكيلِ، فكان له مطالبتُه بالثمنِ كالبائعِ مع المشتَرِي.

قال: فإن هلَك المبيعُ في يدِه قبْلَ حبْسِه هلَك مِن مالِ الموكِّلِ ولم يَسقُطِ الثمنُ.

وذلك لأن قبْضَ الوكيلِ وقَع للموكِّلِ فكان الوكيلُ أَمِينًا فيه، فلا يَضْمَنُ بالهلاكِ كالموْدَعِ.

قال: وله أن يَحْبِسَه حتى يَسْتَوْفِيَ الثمَنَ.

وقال زفرُ: ليس له حبْسُه[1].

وجْهُ قولِهم: أن المبيعَ ينتَقِلُ مِن جهةِ الوكيلِ إلى الموكِّلِ كما ينتَقِلُ مِن البائعِ إلى المشتَرِي، فإذا كان للبائعِ حبْسُه حتى يستَوْفِيَ الثمنَ كذلك للوكيلِ.

وجْهُ قولِ زفَرَ: أن الوكيلَ أمينٌ بدليلِ أنه إذا تَلِف في يدِه لا يسقُطُ الثمنُ عن الموكِّلِ، وليس للأَمِينِ حبْسُ الأمانةِ بَعْدَ الطلَبِ، أصلُه المودَعِ.

قال: فإن حبَسه فهلَك[2] كان مضمونًا ضمانَ الرهْنِ عندَ أبي يوسفَ، وضمانَ المَبِيعِ[3] عندَ محمدٍ.

---

(١) ينظر: «المبسوط» (١٢/ ٢٠٤)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٣٧)، و«العناية» (٨/ ٣٩)، و«البناية» (٩/ ٢٤٤)، و«البحر الرائق» (٧/ ١٥٥).

(٢) بعده في (ي): «في يده».

(٣) في (ي): البيع.



وذكَر في «الجامعِ» قولَ أبي حنيفةَ، مثْلَ قولِ محمدٍ، وقال زفرُ: يَضْمَنُه ضمانَ الغَصْبِ[1].

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنها عينٌ محبوسةٌ بدَيْنٍ [2]بسببٍ لا[2] ينفَسِخُ بهلاكِها فكانت مضمونةً بأقلَّ مِن قيمتِها، ومِن الدَّيْنِ كالرهْنِ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أنها محبوسةٌ بالثمنِ، فكانتْ مضمونةً به كالمبيعِ في يدِ البائعِ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن الوكيلَ ليس له الحبْسُ، فإذا حبَسها صار غاصِبًا فيلْزَمُه ضمانُ الغصبِ بهلاكِها.

قال: وإذا وكَّل رجلَيْنِ فليس لأحدِهما أن يتصرَّفَ فيما وُكِّلا فيه دُونَ الآخَرِ إلَّا أن يُوكِّلَهما بالخصومةِ، أو بطلاقِ زوجتِه بغيرِ عِوَضٍ، أو بعِتْقِ عبدِه بغَيرِ عِوَضٍ، أو بِرَدِّ وَديعةٍ عندَه، أو بِقَضاءِ دَيْنٍ عليه.

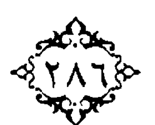
والأصلُ في هذا أن كلَّ عقدٍ فيه بدَلٌ فليس لأحدِ الوكيلَيْنِ أن يَنْفَرِدَ به؛ لأنه يَحتاجُ إلى الرأْيِ والموكِّلُ لم يَرْضَ برأْيِ أحدِهما، وإنما رَضِي برأْيِهما فلم ينفُذْ عليه ما لم يَرْضَ به؛ وكذلك كلُّ ما ليس فيه بدَلٌ، وقد جعَله إليهما على وجْهِ التمليكِ مثْلُ أنْ يقولَ: أَمْرُ امْرأَتِي بأَيْدِيكما، أو يقولَ: طلِّقاها إن شِئْتُما. لأن ما خرَجَ[3] مخْرَجَ التمليكِ المشيئةُ فيه مشروطةٌ، ولذلك يَقِفُ على المجلِسِ فصار كقولِه: طلِّقاها إنْ شِئْتُما. فلا يَجوزُ لأحدِهما أن يَنْفَرِدَ

---

(1) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٣٧)، و«الهداية» (٣/ ١٤٠)، و«العناية» (٨/ ٣٩).

(٢-٢) في (ي): «ليس».

(3) في (ح، ض، ع): «يخرج».



بالإيقاعِ دُونَ الآخَرِ لوجودِ أحدِ الشرطَيْنِ دُونَ الآخَرِ، ويَصِيرُ ذلك بمنزلةِ قولِه: إن دَخَلْتُما الدارَ فعبدِي حُرٌّ. فدخَل أحدُهما أنه لا يُعْتَقُ لوجودِ أحدِ الشرطَيْنِ؛ كذلك هذا.

وما عدا هذين الموضِعَيْنِ فلأحدِهما أن ينفرِدَ به دُونَ الآخَرِ مثْلُ ما ذكَره صاحبُ «الكتابِ»؛ لأن ذلك لا يَحتاجُ إلى الرأْيِ؛ ولا[1] فيه شرطٌ لم يُوجَدْ، وهذا ظاهرٌ في الطلاقِ والعَتاقِ بغيرِ بدَلٍ؛ وكذلك في ردِّ الوديعةِ وقضاءِ الدَّيْنِ؛ لأن صاحبَ الوديعةِ لو أخَذها بغيرِ أَمْرِهما جاز؛ وكذلك صاحبُ الدَّيْنِ لو أخَذه بنفْسِه جاز، فبِدَفْعِ[2] أحدِهما أَوْلى.

فأما التوكيلُ بالخصومةِ فلأحدِهما أن يَنْفَرِدَ بها، وقال زفرُ: لا يَجوزُ[3].

وجْهُ قولِهم[4]: أن الخصومةَ منهما لا تُمْكِنُ في حالةٍ واحدةٍ؛ ألا تَرى أن القاضِي لا يَفْهَمُ عنهما إذا تكلَّما معًا، وإذا لم يُمْكِنْ عُلِم أن الموكِّلَ جعَل ذلك إلى كلِّ واحدٍ منهما فيَجوزُ أن ينْفَرِدَ به.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن الخصومةَ تَحتاجُ إلى الرأْيِ وهو لم يَرْضَ برأْيِ أحدِهما؛ لأن رأْيَ الاثنينِ يُخالِفُ رأْيَ الواحدِ، فلهذا لم يَجُزْ لواحدٍ منهما أن ينْفَرِدَ به، كما لا يَجوزُ أن ينْفَرِدَ في الوَكَالةِ بالشراءِ.

---

(١) في (ج، ح: «لأن»، وفي (ي): «لم يوجد».

(٢) في (أ٢): «فدفع»، وفي (ح٢، س، ض، ع، ي): «فيدفع»، ورسمت في (غ) بغير نقط.

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٣٢)، و«مجمع الضمانات» (ص ٢٥٥)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٢٧٥).

(٤) في (س): «قولهما».



قال: وليس للوكيلِ أن يوكِّلَ فيما وُكِّل به إلّا أن يأْذَنَ له الموكِّلُ، أو يقولَ له: اعْمَلْ برأيِكَ[1].

وذلك لأن الموكِّلَ رَضِي برأيِه دُونَ رأْيِ غيرِه والآراءُ تَخْتَلِفُ، فلا يَلْزَمُه غيرُ ما رَضِي به، فأما إذا أَذِن له جاز؛ لأنا إنما منَعْنا مِن ذلك لحقِّ الموكِّلِ فإذا أَذِن فيه جاز؛ وكذلك إذا فوَّض إليه الرأْيَ في ذلك؛ لأن الوكيلَ مما قد رآه فجاز.

قال: فإن وكَّل بغيرِ إذْنِ موكِّلِه فعقَد وكيلُه بحَضْرتِه جاز.

وذلك لأن المقصودَ مِن الوَكَالةِ أن يُنَفِّذَ ما وكَّله به برأْيِه، فإذا عقَد الوكيلُ الثاني بحضْرةِ الأوَّلِ فقد رأَى ذلك فجاز وصار كأنه عقَد بنفْسِه.

قال: وإن عقَد بغيرِ حضْرتِه فأجازه الوكيلُ الأوَّلُ جاز.

وذلك لأنه نفَّذ برأْيِه؛ ألا تَرى أن الإجازةَ إمضاءٌ لِما فعَل الثانِي فكأنه تولَّاهُ بنفْسِه، والمسألةُ مَبْنِيَّةٌ على جوازِ وقوفِ العقدِ على الإجازةِ.

قال: وللموكِّلِ أن يَعْزِلَ الوكيلَ عن الوَكَالةِ.

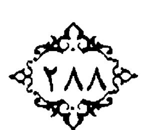
وذلك لأنها حقٌّ للموكِّلِ خاصةً فكان له إبطالُه؛ ولأنها تُشْبِهُ الإباحةَ، ولو أباح رجلٌ رجلًا دخولَ دارِه كان له أن يَنْهَاه، كذلك هذا.

قال: فإن لم يَبْلُغْه العزْلُ فهو على وكالتِه وتصرُّفُه جائزٌ[2].

---

(١) قال في حاشية (ح): «أما إذا باع الفضولي فأجاز الوكيل صح؛ لأنه بمنزلة أنه باشر بنفسه. مشكلات القدوري، لحافظ الدِّين الكبير».

(٢) بعده في (ج، ي): «حتى يعلم».



وقال الشافعيُّ في أحدِ الوجْهَيْنِ[1]: لا يَنْعَزِلُ[2]، وإن عزَل الوكيلُ نفْسَه انْعَزَل[3].

لنا: أن العزْلَ نَهْيٌ فلا يثبُتُ حكْمُه في حقِّه إلا بالعِلْم، كنهْيِ صاحبِ الشريعةِ؛ ولأنه نهْيٌ يُوجِبُ عليه الضمانَ بالتصرُّفِ فيما كان مُؤْتَمنًا فيه، فوجَب أن لا يَلْزَمَه مِن غيرِ عِلْمِه كالوديعةِ، ولأن عقْدَ الوَكَالةِ متعلِّقٌ بالوكيلِ والموكِّلِ، فإذا لم يَمْلِكْ أحدُهما العزْلَ مِن غيرِ عِلْمِ صاحبِه كذلك الآخَرُ؛ لأن مِن حكْمِ المتعاقِدَيْنِ أن يتساوَيا.

فإن قيل: معْنًى تنفَسِخُ به الوَكَالةُ فوجَب أن لا يفْتَقِرَ إلى عِلْمِ الوكيلِ كما لو باع ما وكَّل بِبَيْعِه.

قيل له: إذا باع ما وكَّل بِبَيْعِه فلم يَنْعَزِلْ عندَنا؛ وإنما تعذَّر التصرُّفُ بخروجِ الشيءِ مِن ملْكِ موكِّلِه، ولو عاد الشيءُ إليه بحكْمِ الملْكِ الأوَّلِ جاز لوكيلِه بَيْعُه، ولو كان قد انْعَزَل لم يَمْلِكِ البيعَ إلا بوكالةٍ مجدَّدة.

وقد قال أصحابُنا: إذا عَلِم الوكيلُ بالعزْلِ، فإن كان جاءَه واحدٌ على طريقِ

---

(١) في (س، ل): «قوليه»، وفي (ر):«القولين»، والصواب أنهما قولان لا وجهان، كما سيأتي في مصادر التخريج.

(٢) المعتمد أنه لا يتوقف العزل على علم الوكيل.

ينظر: «الحاوي» (٦/ ٥١٢)، و«المهذب» (٢/ ١٧٧)، و«بحر المذهب» (٦/ ٣٧)، و«تحفة المحتاج» (٥/ ٣٣٨)، و«مغني المحتاج» (٣/ ٢٥٧).

(٣) في (ح٢): «جاز»، وفي (ر، س): «لم ينعزل».

والمعتمد أنه ينعزل بعزل نفسه. ينظر: «المهذب» (٢/ ١٧٧) و«بحر المذهب» (٦/ ٣٦) و«التهذيب» (٤/ ٢١٣)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣٣٠) و«مغني المحتاج» (٣/ ٢٥٨).



الرسالةِ خرَج مِن الوَكَالةِ في قولِهم عدْلًا كان أو غيرَ عدْلٍ؛ وذلك لأن الرسولَ قائمٌ مقامَ المُرْسِلِ، فصار كأنَّ المرْسِلَ شافَهه بالعزْلِ فلا يُعتبَرُ صفاتُه، وإن جاءَه مَن أخْبَره بذلك لا على طريقِ الرسالةِ؛ قال أبو حنيفةَ: لا يَنْعزِلُ حتى يُخْبِرَه واحدٌ عدلٌ أو اثنانِ على أيِّ صفةٍ كانا.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَخْرُجُ مِن الوَكَالةِ بقولِ الواحدِ وإن لم يكُن عدْلًا[1].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن هذا الخبرَ يَجْرِي مَجْرَى الشهادةِ؛ لأنه يُوجِبُ ضمانًا على الوكيلِ بالتصرُّف ويُشْبِهُ أخبارَ المعاملاتِ؛ لأن العزْلَ عن الوَكَالةِ مِن المعاملاتِ فوجَب اعتبارُ الشِّبْهَيْنِ، فيثبُتُ أحدُ شَرْطَي الشهادةِ ويسقُطُ الآخَرُ.

وجْهُ قولِهما: أنه خبرٌ مِن أخبارِ المعاملاتِ فلا يُعتبَرُ فيه العدالةُ كسائرِ أخبارِ المعاملاتِ.

قال: وتَبْطُلُ الوَكَالةُ بموتِ الموكِّلِ وجنونِه جُنونًا مُطْبِقًا[2].

وذلك لأن الوكيلَ يتصرَّفُ بالأَمْرِ على وجْهٍ لا حقَّ لأحدٍ فيه، وموتُ الموكِّلِ وجنونُه يُبْطِلُ أَمْرَه فأَبْطَل تصرُّفَ وكيلِه، ولا يَلْزَمُ وكيلَ الراهنِ في بيعِ الرهْنِ إذا شرَط ذلك في عقدِ الرهنِ أنه لا يُبْطِلُ وكالتَه بموتِ الراهنِ وجنونِه[3]؛ لأن هناك تعلَّق بها حقُّ الغيرِ فمنَع إبطالَها؛ وإنما اعتُبِر الجنونُ

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٣٠)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٣٧).

(٢) المطبِق بكسر الباء: الثابت المالئ المشدد. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٢٥).

(٣) قال في حاشية (ح): «قيل: قد قالوا في المدعي: إذا طالب المدعى عليه بوكيل فوكل بحضرة =



المطْبِقُ؛ لأن جنونَ ساعةٍ بمنزلةِ الإغماءِ؛ ألا تَرى أنه لا يُولَّى عليه بذلك ولا يُؤَثِّرُ في إسقاطِ العباداتِ.

وحَدُّ الجنونِ المطْبِقِ عند أبي يوسفَ: شهرٌ، وقال محمدٌ: حولٌ كامِلٌ، وعن أبي يوسفَ: أكثرُ مِن يومٍ؛ ووجْهُه: أن الجنونَ إذا زاد على يومٍ وليلةٍ أسقَط فرضَ الصلاةِ وزال التكليفُ فصار كالموتِ[1].

وجْهُ الروايةِ التي اعتبَر فيها شهْرًا: هو أن الشهرَ يسقُطُ فيه الصلاةُ والصومُ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أنها مدَّةٌ تسقُطُ فيها جميعُ العباداتِ فكان الأخْذُ بها أَوْلى.

وقد قالوا: وسواءٌ عَلِم الوكيلُ بالموتِ أو لم يَعْلَمْ؛ لأن الملْكَ قد انتَقَل عن الموكِّل بموتِه فبطَلَتِ الوَكَالةُ مِن طريقِ الحكْمِ، فهو كما لو باع الموكِّلُ ما وكَّل بِبَيْعِه.

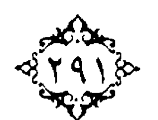
قال: ولِحاقِه بدارِ الحربِ مُرتَدًّا.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: هو على وكالتِه ما لم يَمُتْ، أو يُحْكَمْ بِلَحاقِه، أو يُقْتَلْ[2].

الحاكم لم يجز عزله بغير حضور خصمه، فلو جن الموكل أو مات بطلت وكالته مع أنه تعلق بها حق الغير .قلنا: تعلق بها حق الغير إلا أنها لم تتعلق بعين فلذلك بطلت ببطلان الأمر. سراج».

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٥٢)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٣٨)، و«العناية» (٨/ ١٤٢)، و«البناية» (٩/ ٣٠٧).

(٢) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٥٢)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٣٨)، و«العناية» (٨/ ١٤٠)، و«البناية» (٩/ ٣٠٦).



والمسألةُ فرْعٌ على اختلافِهم في جواز تصرُّفِ المرتَدِّ وزوالِ ملْكِه، فعند أبي حنيفةَ: يَزُولُ ملْكُه زوالًا مُراعًى وعندَهما لا يَزولُ ملْكُه، وهو عند أبي يوسفَ بمنزلةِ مَن عليه القَوَدُ، وعند محمدٍ بمنزلةِ المريضِ فإذا حكَم بِلَحاقِه زال ملْكُه وصار كالميتِ[1].

قال: وإذا وكَّل المكاتَبُ، ثُمَّ عجَز، أو المأذونُ، ثُمَّ حُجِر عليه[2]، أو الشريكانِ فافْتَرَقا فهذه الوجوهُ تُبْطِلُ الوَكَالةَ عَلِم الوكيلُ أو لم يَعْلَمْ.

وذلك لأن الوكيلَ يتصرَّفُ مِن طريقِ الأَمْرِ، وقد بطَل أَمْرُ هؤلاءِ في المالِ فبطَلَتِ الوَكَالةُ.

وأما قولُه: عَلِم الوكيلُ أو لم يَعْلَمْ. فلأنه عُزِل مِن طريقِ الحكْمِ، فلا يُعتبَرُ فيه العلمُ كالموتِ، وهذا الذي ذكَره جميعُه جاز[3] على الأصلِ إلا في الشريكَيْنِ، وفيما ذكَره صاحبُ «الكتابِ» نظَر[4].

---

(١) ينظر: «المبسوط» (١٠/ ١٠٣)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٣١٠)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ١٣٦)، و«البناية» (٧/ ٢٨٤).

(٢) بعده في (ي): «بخلاف ما إذا لم يحجر أحد المولين، فإن وكيله باق على حصته وجاز تصرفه علم الوكيل بحجر مولى الآخر أو لم يعلم».

(٣) ليس في (غ)، وفي (ج، ح، س): «جارٍ»، وفي (ر): «جائز».

(٤) قال في حاشية (ح): «قال الإتقاني في «شرح الهداية»: ووجه النظر أن الذي ذكره خلاف الرواية لقوله في «الأصل»: وإذا وكل أحد المتفاوضين وكيلًا بشيء مما ذكرت لك، وهو الذي ولي ذلك، ثم افترقا واقتسما، أن لا شركة بينهما، ثم إن الوكيل أمضى الذي كان وكل به وهو يعلم أو لا يعلم، فإنه يجوز ذلك كله عليهما جميعًا، وكذلك لو كانا وكلاه جميعًا؛ لأن وكالة أحدهما جائزة على الآخر، وليس تفرقهما ينقض الوَكَالة. إلى هنا لفظ =



قال: وإذا مات الوكِيلُ، أو جُنَّ جنونًا مُطْبِقًا بطَلَتْ وكالَتُه.

وذلك لأنه تصرَّفَ مِن طريقِ الأَمْرِ، وقد بطَلَ الأَمْرُ في حقِّ الميتِ والمجنونِ فبطَلَتِ الوَكَالةُ.

قال: وإن لَحِق بدارِ الحربِ مرْتدًّا لم يَجُزْ له التصرُّفُ.

وذلك لأن اختلافَ الدارَيْنِ يَمْنَعُ ثبوتَ الأحكامِ بينَهما، وإذا كان كذلك تعذَّر التصرُّفُ فبطَلَتِ الوَكَالةُ، وصار كأنه مات.

قال: إلا أن يَعُودَ مُسْلِمًا.

وذلك لأن أَمْرَه مُراعًى ما لم يُحْكَمْ بِلَحاقِه، كما أن تصرفاتِه موقوفةٌ، فإذا عاد صار كأنه لم يَرْتَدَّ، وأما إذا عاد بعْدَ ما حُكِم بِلَحاقِه بدارِ الحرْبِ، فقال أبو يوسفَ: لا تَعُودُ الوَكَالةُ إلا أن يُجدِّدَها.

«الأصل»، قال شيخنا زين الدين قاسم: إذا كان هذا لفظه، فليس وجه النظر أن الذي قاله خلاف الرواية، وإنما وجهه أنه أطلق بطلان الوَكَالة علم أو لم يعلم؛ وإنما هذا في البيع والشراء ما يستأنف بعد الفرقة أما إمضاء ما وكل به مما الموكل وليه فلا تبطل فيه، علم أو لم يعلم، كأن وكل بتقاضي دين لهما وقبض وديعة لهما أو عارية أو بضاعة أو بقضاء دين عليهما، ودفع إليه مالًا أو ببيع عبدٍ لهما أو بشراء حتى يشتريه لهما أو بإجارة دار لهما أو يستأجر بيتا لهما ودفع إليه دراهم أو دواب، وهذا هو الذي ذكره وهو الذي ولي ذلك. قال في «المحيط»: لأن التوكيل حصل باستيفاء حقوق عقد لو باشره بعد الفرقة نفذ على صاحبه، وإن علم الفرقة، فكذلك وكيل بخلاف الوكيل فالبيع والشراء إذا فعل بعد الفرقة وعلم بها لا يجوز؛ لأنه لو باشر الموكل البيع والشراء بعد الفرقة لم يجز على صاحبه، فكذلك وكيله إذا علم الفرقة؛ لأن الفرقة عزل قصدي. انتهى».



وقال محمدٌ: تَعُودُ الوَكَالةُ[1].

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الوَكَالةَ عقدٌ فإذا بطَل باللَّحاقِ لم يَعُدْ كالنكاحِ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الرِّدَّةَ لا تُنافِي الوَكَالةَ، الدليلُ على ذلك قبْلَ لِحاقِه؛ وإنما لم يَجُزْ تصرُّفُ الوكيلِ لتعذُّرِ ذلك في دارِ الحربِ، فإذا عاد أَمْكَن التصرُّفُ فجاز، وصار كمَن وكَّل رجلًا بِبَيْعِ عبدٍ بالكوفةِ، فخرَج الوكيلُ إلى البصرةِ، فليس له أن يَبِيعَ العبدَ، فإذا عاد إلى الكوفةِ كان على وكالَتِه، وأما الموكِّلُ إذا ارتَدَّ ولَحِق بدارِ الحربِ، ثُمَّ عاد مسلِمًا فإن الوَكَالةَ لا تَعُودُ في قولِهم المشهورِ؛ لأن اللَّحاقَ بمنزلةِ الموتِ، ولو مات لم تَعُدِ الوَكَالةُ كذلك.

هذا وعن محمدٍ: أنه إذا عاد مسلِمًا عادتِ الوَكَالةُ، ووَجْهُ ذلك: أن الوَكَالةَ بطَلَتْ لزوالِ ملْكِ الموكِّل، فإذا عاد مسلِمًا عاد ملْكُه الأوَّلُ فوجَب أن يَعُودَ بحقوقِه، كما قالوا فيمَن وكَّل رجلًا بِبَيْعِ عبدِه، ثُمَّ باعه الموكِّلُ انْعَزَل الوكيلُ، فإن رُدَّ على الموكِّلِ بعيبٍ بقضاءِ قاضٍ عادَتِ الوَكَالةُ؛ لأن الملْكَ الأوَّلَ عاد فعاد بحقوقِه.

قال: ومَن وكَّل بشيءٍ، ثُمَّ تصرَّف فيما وُكِّل به بطَلَتِ الوَكَالةُ.

ومثالُ ما ذكَره أن يوكِّلَه بِبَيْعِ عبدٍ، ثُمَّ يَبِيعَه الموكِّلُ أو يُعْتِقَه؛ وذلك لأن بيعَ الوكيلِ قد تعذَّر لزوالِ ملْكِ الموكِّلِ فبطَلَتِ الوَكَالةُ كما لو مات العبدُ، فإن رُدَّ العبدُ على الموكِّلِ بعيبٍ بقضاءٍ، قال أبو يوسفَ: ليس للوكيلِ أن يَبِيعَه.

---

(١) ينظر: «الأصل» (١١/ ٢١١)، و«الهداية» (٣/ ١٥٣)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٣٨)، و«العناية» (٨/ ١٤٦).



وقال محمدٌ: له أن يَبِيعَه[1].

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الموكِّلَ لما تصرَّف فيما وَكَّل فيه صار ذلك مَنْعًا للوكيلِ مِن التصرُّفِ فهو بمنزلةِ العَزْلِ، فلا يَعُودُ جوازُ تصرُّفِه إلا بوَكَالةٍ مستقْبَلَةٍ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الموكِّلَ لم يتلفَّظْ بالعَزْلِ، وإنما تعذَّر على الوكيلِ البيعُ، لخروجِ العبدِ مِن ملْكِ الموكِّل، فإذا عاد على حكْمِ الملْكِ الأولِ عادتْ حقوقُه، وصار كأنه لم يَخْرُجْ فجاز البيعُ، ولو باع الوكيلُ، ثُمَّ رُدَّ عليه بقضاءٍ كان على وكالتِه، وكان له بيعُه ثانيًا؛ لأن بيعَه لا يُبْطِلُ الوَكَالةَ بدلالةِ أنه يتصرَّفُ بحكْمِ الوَكَالةِ في حقوقِ العقدِ الأوَّلِ، وإذا لم تَبْطُلِ الوَكَالةُ ملَك أن يَبِيعَ.

وقد رُوِي عن أبي يوسفَ أنه قال: إذا وكَّل رجلًا بطلاقِ امرأتِه، ثُمَّ طلَّقها الزوجُ فقد خرَج الوكيلُ مِن الوَكَالةِ[2]، وهذا محمولٌ على أن الزوجَ طلَّقها ثلاثًا، أو طلَّقها واحدةً، وانقضَتْ عدَّتُها، فأمَّا إن كان طلَّقها واحدةً والعِدَّةُ باقيةٌ، فإن تصرُّفَ الوكيلِ غيرُ متعذِّرٍ بأن يُطلِّقَ بقيةَ الطلاقِ.

قال: والوكيلُ بالبيعِ والشراءِ لا يَجوزُ أن يَعْقِدَ عند أبي حنيفةَ مع أَبِيه، وجدِّه، وولدِه، وولدِ ولدِه، وزوجتِه، وعبدِه، ومكاتَبِه، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَجوزُ بيعُه منهم بمثْلِ القيمةِ إلَّا في عبدِه ومكاتَبِه[3].

---

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٥٣)، و«العناية» (٨/ ١٥٠)، و«البناية» (٩/ ٣١١).

(٢) في (س): «وكالته». وينظر: و«بدائع الصنائع» (٦/ ٣٩)، و«البناية» (٩/ ٣١١)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٢٨٩).

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٨)، و«الهداية» (٣/ ١٤٥)، و«العناية» (٨/ ٧٣)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٢٦٩).

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن ما يُحصِّلُه الإنسانُ لهؤلاءِ بمنزلةِ ما يُحصِّلُه لنفسِه؛ بدليلِ أنه لا يُقبل شهادتُه لهؤلاءِ فصار كأنه باع مِن نفْسِه، فلا يَجوزُ.

وجْهُ قولِهما: أن كلَّ واحدٍ منهما منفَرِدٌ بالملْكِ عن الآخَرِ، فجاز البيعُ منه كالأجنبيِّ.

الجوابُ: أن في بَيْعِه مِن هؤلاءِ تهمةً وليس في بيعِه مِن الأجنبيِّ تهمةٌ فافْتَرَقا، وأما العبدُ والمكاتَبُ فلا يَصِحُّ البيعُ منهما باتِّفاقٍ[1]؛ لأن العبدَ لا يَمْلِكُ وما يَحْصُلُ له فهو مِلْكٌ لمولاهُ فصار كأن الوكيلَ باع مِن نفْسِه فلا يَجوزُ، والمكاتَب الرِّقُّ فيه باقٍ فهو كالعبدِ القِنِّ[2].

قال: والوكيلُ بالبيعِ يَجوزُ بيعُه بالقليلِ والكثيرِ عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يَجوزُ بيعُه بنقصانٍ لا يُتغابَنُ في مثلِه.

وقد روَى الحسنُ ذلك، عن أبي حنيفةَ[3]، وهو قولُ الشافعيِّ[4].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الأمرَ بالبيعِ عامٌّ في قليلِ الثمنِ وكثيرِه، ومِن حكْمِ

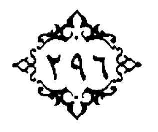
---

(١) ينظر: «مراتب الإجماع» (ص ٨٣).

(٢) القن مِن العبيد: الذي مُلِكَ هو وأبواه، وكذلك الاثنان والجمع والمؤنث، وعن ابن الأعرابي: عبدٌ قِنٌّ، أي: خالِصُ العبودة، وعلى هذا صح قول الفقهاء؛ لأنهم يَعنون به خلاف المدبر والمكاتب. ينظر: «المغرب» (ص ٣٩٥).

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٧)، و«الهداية» (٣/ ١٤٥)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٢٧٠)، و«مجمع الضمانات» (ص ٢٤٩).

(٤) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢١٠)، و«الحاوي» (٦/ ٥١٦، ٥٣٨)، و«المهذب» (٢/ ١٧٢)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣٠٤).



اللفظِ أن يُحمَلَ على عمومِه إلَّا أن يَمْنَعَ منه مانعٌ كأوامرِ صاحبِ الشريعةِ، ولا يُشْبِهُ الوكيلَ بالشراءِ؛ لأنه يتصرَّفُ مِن طريقِ الحكْمِ لا[1] بالأمْرِ، الدليلُ عليه: أن الأمْرَ لا يَتناوَلُ الثمنَ المشتَرى به؛ لأن صحةَ الوَكَالةِ لا تَقِفُ على تسميةٍ[2]، ولا يتعلَّقُ بالعينِ المأمورِ بشرائِها؛ لأنها على ملْكِ الغيرِ، وأَمْرُ الإنسانِ لا ينْفُذُ في ملْكِ غيرِه، وإذا كان كذلك لم يَجُزِ اعتبارُ الأَمْرِ، وليس هناك ما يتعلَّقُ به، فلم يَبْقَ إلا أن ينْفُذَ تصرُّفُه مِن طريقِ الحكْمِ، وإذا كان تصرُّفُه مِن طريقِ الحكْمِ لم يَجُزْ له التصرُّفُ إلا بنقْصانٍ يسيرٍ كبيعِ الأبِ والوَصِيِّ.

وجْهُ قولِهما: أن النقصانَ الكثيرَ[3] في معنى الهبةِ؛ بدليلِ أنه يكونُ مِن الثلثِ حالَ المرضِ وهبةُ ملْكِ الغيرِ لا تَصِحُّ.

الجوابُ: أن الوكيلَ لا يَمْلِكُ الهبةَ؛ لأنه عقدٌ لم يأْذَنْ له فيه، والبيعُ بالمحاباةِ فهو نوعُ العقدِ الذي أَذِن له فيه فافْتَرَقا، وأما إذا باع الوكيلُ بغيرِ الأثمانِ، فإنه يَجوزُ عندَ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يَجوزُ البيعُ إلا بالأثمانِ[4]. وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ إلا بنقْدِ البلَدِ[5].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الأمْرَ له عامٌّ فكان له فِعْلُ ما يقتَضِيه عمومُه؛ ولأن كلَّ ثمنٍ جاز للموكِّلِ أن يَبِيعَ به جاز للوكيلِ أن يَبِيعَ به بإطلاقِ الوَكَالةِ، أصلُه

(١) ليس في (ر)، وفي (أ٢، غ، ل، ي): «إلا».

(٢) في (ض، ع): «تسميته».

(٣) في (ع، ي): «الكبير».

(٤) ينظر: «التجريد» (٦/ ٣٠٩٦)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٣٤)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٧).

(٥) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٥٣٩)، و«المهذب» (٢/ ١٧٠)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣٠٥).

الأثمانُ ونقْدُ البلَدِ.

وجْهُ قولِهما: أن إطلاقَ اسْمِ البيعِ يقتَضِي مبيعًا وثمنًا، وما سِوَى ذلك يُقال له مُقايَضةٌ، فلا يدْخُلُ في إطلاقِ الأَمْرِ، ولا ينْفُذُ فِعْلُه فيه.

فإن قيل: البيعُ إذا انعقَد بثمنٍ مُطْلَقٍ حُمِل على نقْدِ البلدِ؛ كذلك الوَكَالةُ إذا انعقدَتْ على بيعٍ مُطْلَقٍ وجَب أن يُحمَلَ على غالبِ نقْدِ البلدِ.

قيل له: البيعُ المطْلَقُ إنما يختَصُّ بنقْدِ البلدِ؛ لأنه طريقٌ إلى تصحيحِ العقدِ عندَ الإطلاقِ إلا بحَمْلِه على ذلك؛ ألا تَرى أنه لو باع بأيِّ ثمنٍ شاء المشتَرِي لم يَصِحَّ، وهذا المعْنى لا يوجَدُ في الوَكَالةِ؛ لأنه لو عقَدها على عمومِ الأعواضِ جاز، فلم يكن بنا حاجةٌ إلى تخصيصِها بنقْدِ البلدِ.

وقد قال أبو حنيفةَ: يَجوزُ للوكيلِ أن يَبِيعَ بالنقْدِ والنسيئةِ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: إن قال له: بِعْهُ لأقْضِيَ دَيْنِي، أو لأَشْتَرِيَ دقيقًا لأَهْلِي. لم يَجُزْ أن يَبِيعَه إلا نقْدًا.

وهذا الذي ذكَره أبو يوسفَ[1] يَجوزُ أن يكونَ قولَهم، لأن دلالةَ الحالِ تؤثِّرُ في الكلامِ فكأنه قال: بِعْهُ بما يُمْكِنُ قضاءُ الدَّينِ منه، ويَجوزُ أن تكونَ المسألةُ على الخلافِ.

وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ له أن يَبِيعَ بالنسيئةِ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن أَمْرَه بالبيعِ عامٌّ في النقْدِ والنسيئةِ، فكان له فِعْلُ ما

(١) في (ي): «قول أبي يوسف».

(٢) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٥٣٩)، و«المهذب» (٢/ ١٧١)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣٠٥).



يَتناوَلُه عمومُ الأَمْرِ؛ ولأنه مِما يَعتادُ التجارُ البيعُ به، فجاز للوكيلِ فِعْلُه بمطْلَقِ الوَكَالةِ، أصلُه التعجيلُ والبيعُ بنقْدِ البلدِ.

وجْهُ قولِهما: أنه إذا قال له: بِعْهُ لأَقْضِيَ دَيْنِي. فظاهِرُه يقتَضِي أن لا يَجوزَ له التأخيرُ، فلا يَجوزُ له فِعْلُ ما لم يَتناوَلْه الأَمْرُ.

الجوابُ: أن هذا اللفظَ يقتَضِي أن يَبِيعَه بجنْسِ الدَّيْنِ، ولا يقتَضِي التعجيلَ لجوازِ أن يكونَ الدَّيْنُ عليه مؤجَّلًا.

فإن قيل: إطلاقُ البيعِ يقتَضِي النقدَ بدليلِ أن البائعَ إذا قال: بعْتُ. تناوَلَ إطلاقُه النقْدَ، وإذا كان كذلك لم يَجُزْ أن يَفْعَلَ غيرَ ما تَناوَله إطلاقُ اللفظِ.

قيل له: قولُه: بعتُكَ. إنما جُعِل نقدًا؛ لأنه لو جُعِل مؤجَّلًا لم يكن أَجَلٌ[1] أَولى مِن غيرِه، فبطَل العقدُ لجهالةِ الأجلِ، فحُمِل على النقدِ لئلَّا يَفْسُدَ العقدُ لا لِما ذكَره مِن الإطلاقِ.

قال: والوكيلُ بالشراءِ يَجوزُ عقْدُه بمثلِ القيمةِ وزيادةٍ يُتغابَنُ في مثلِها، ولا يَجوزُ بما لا يُتغابَنُ في مثْلِه.

وذلك لأن ما يَشْتَريه الوكيلُ ينتَقِلُ مِن جهتِه إلى الموكِّلِ فيَلْحَقُه فيه تهمةٌ فاعْتُبِر ما يُتغابَنُ فيه لِتَزُولَ التهمةُ عنه، وعن أبي حنيفةَ روايةٌ أخرى: أنه يَجوزُ بالقليلِ والكثيرِ لعمومِ الأَمْرِ[2].

(١) في (س): «الأجل»، وفي (ي): «أجلًا».

(٢) ينظر: «التجريد» (٦/ ٣٠٩١)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٢٧٠)، و«التنبيه على مشكلات الهداية» (٥/ ٥٣٨).



قال: والذي لا يُتغابَنُ فيه ما لا يدْخُلُ بينَ[1] تقويمِ المقوِّمِينَ.

وذلك لأن ما يدْخُلُ بينَ التقويمَيْنِ[2] زيادةٌ غيرُ ظاهِرةٍ، فالغَبْنُ غيرُ متحقِّقٍ فصار بمنزلةِ عدمِ الزيادةِ، وليس كذلك الزيادةُ التي لا تدْخُلُ بينَ التقويمَيْنِ؛ لأنها ظاهِرةٌ فالغَبْنُ متحقِّقٌ فتعلَّق الحكْمُ بها.

وقد ذكَر الطحاويُّ أنه نصفُ العُشْرِ، قال الشيخُ أبو بكرٍ الرازيُّ: ليس هذا على وجْهِ التقديرِ؛ لأن ذلك يَخْتَلِفُ باختلافِ السِّلَعِ؛ فمنها ما تكونُ الزيادةُ القليلةُ فيها غَبْنًا[3]، ومنها ما لا يكونُ غَبْنًا[4] إلا إذا كثُرتِ الزيادةُ كالجواهِرِ[5].

قال: وإذا ضَمِنَ الوكيلُ بالبيعِ الثمنَ عن المُبْتاعِ فضمانُه باطِلٌ.

وذلك لأنه أمينٌ في الثمنِ، فإذا ضَمِنه صار مضمونًا عليه، والأمانةُ لا تَصِيرُ مضمونةً بالشرْطِ كالوديعةِ والمضاربةِ.

قال: وإذا وكَّله ببيعِ عبدٍ فباع نصفَه جاز عندَ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يَجوزُ[6]، وبه قال الشافعيُّ[7].

---

(١) في (ج، ح، ر، س): «تحت».

(٢) في (س): «تقويم المقومين».

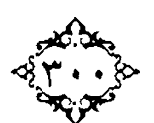
(٣) في (أ٢، ح٢، ر، ض، ع، ي): «عينًا»، وفي (س، ل): «عيبًا».

(٤) في (أ٢، ح٢، ر، ع، ي): «عينًا»، وفي (س، ل): «عيبًا»، ورسمت بغير نقط في (ض).

(٥) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٢٨٤، ٢٨٥).

(٦) ينظر: «التجريد» (٦/ ٣١٣٣)، و«المبسوط» (١٩/ ٤٣)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٣٤)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٧).

(٧) ينظر: «بحر المذهب» (٦/ ٧١)، و«كفاية النبيه» (١٠/ ٢٦٦).



وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن أَمْرَه ببيعِ الجملةِ يقتَضِي بيعَ كلِّ جزءٍ منها، بدليلِ أنه إذا وكَّله بِبَيْعِ كَرِّ حنطةٍ بِعَيْنِه كان له أن يَبِيعَ بعضَه، فإذا باع بعضَ العبدِ فقد فعَلَ ما اقتضاه الأَمْرُ فجاز، ولا يُشْبِهُ هذا إذا وكَّله بشراءِ عبدٍ، فاشْتَرى نصفَه أن ذلك لا يَجوزُ؛ لأن الشركةَ في العبدِ عيبٌ كبيرٌ[1]، فقد أَدْخَلَ الضررَ فيما عقَدَ عليه بالوَكَالةِ فلا يَلْزَمُ، وفي مسألتِنا أَدْخَلَ الضررَ فيما لم يَبِعْه، ومخالفةُ الوكيلِ[2] فيما لم يَقَعْ عليه العقدُ لا يَمْنَعُ مِن جوازِ عقْدِه في غيرِه، كما لو وكَّله بِبَيْعِ ثوبَيْنِ فباع أحدَهما وحرَق[3] الآخَرَ.

وجْهُ قولِهما: أن الشركةَ عيبٌ فاحشٌ فإذا باع النصفَ أَلْحَق[4] الضررَ بالموكِّلِ في الباقِي، وأَمْرُه لم[5] يتضمَّنْ إلحاقَ الضررِ فلم ينفُذْ عقدُه، ووقَف على إجازةِ الآمِرِ، وكما لو أَمَره بشراءِ عبدٍ فاشتَرى نصفَه.

قال: وإن وكَّله بشراءِ عبدٍ فاشتَرى نصفَه فالشراءُ موقوفٌ، فإن اشتَرى باقِيَه لَزِم الموكِّلَ.

وذلك لما بَيَّنَّا مِن الفرْقِ بينَ البيعِ والشراءِ في المسألةِ المتقدِّمةِ.

فأمَّا قولُه: إن اشتَرى باقِيَه لَزِم الموكل. فلأنه إنما لم يَلْزَمْه إذا اشتَرى نصفَه لأَجْلِ الضررِ بالشركةِ الذي لم يأْذَنْ فيه، فإذا اشْتَرى باقِيَه فقد زال الضررُ فلَزِمه.

---

(١) في (ح٢، ض، ع): «كثير»، ورسمت في (ح، ر) بغير نقط أوله.

(٢) في (ج، ض، ع، ل): «الوَكَالة».

(٣) في (ح، ل): «لحق».

(٤) في (أ٢، ج، ع، س): «خرق».

(٥) في (س): «لا».



قال: وإذا وكَّله بشراءِ عشَرةِ أرطالِ لحمٍ بدرهمٍ فاشتَرى عشرينَ بدرهمٍ مِن لحمٍ يُباعُ مثْلُه عشَرةٌ بدرهمٍ لَزِم الموكِّلَ منه عشرةٌ بنصفِ درهمٍ[1] عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ[2]: يَلْزَمُه العشْرُونَ.

وقد ذكَر محمدٌ هذه المسألةَ في «الأصلِ» مِن غيرِ خلافٍ[3]، ولو اشتَرى عشرةً [4]بنصفِ درهمٍ[4] لَزِم ذلك الآمِرَ استِحْسانًا، وإن أَمَره أن يَشْتَرِيَ عبدًا بمئةٍ فاشْتَرى بها عبدَيْنِ يُساوِي كلُّ واحدٍ منهما مئةً.

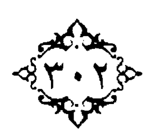
قال في «المنتقَى» عن أبي حنيفةَ: إنه لا يَلْزَمُ الآمِرَ واحدٌ منهما[5]. وقال الشافعيُّ: إذا اشتَرى بثمَنٍ في الذِّمَّةِ ففيها قولانِ:

أحدُهما: الملْكُ في الجميعِ للموكِّلِ.

والثاني: يَمْلِكُ الموكِّلُ النصفَ والنصفُ للوكيلِ، وللموكِّلِ أخْذُه منه، وأما إن اشْتَرى بمالِ الموكِّل ففي أحدِ القولَيْنِ الجميع للموكِّلِ، وفي القولِ الآخَرِ البيعُ باطِلٌ في الزيادةِ[6].

وجْهُ قولِهما: أنه أَمَره بشراءِ عشرةِ أرطالٍ ولم يأْمُرْه بشراءِ ما زاد عليها، فلا يَلْزَمُه إلا ما أَمَر به؛ ولأنها زيادةٌ متحقِّقَةٌ ابتاعها لغيرِه بغيرِ أمرٍ ولا ولايةٍ، فوجَب أن لا يَلْزَمَه، أصلُه إذا اشتراها ابتداءً ولا يَلْزَمُ الزيادةُ القليلةُ؛ لأنها تدخُلُ

(١) من (أ٢، ح، ح٢، ض).
(٢) بعده في (ح) منسوبًا لنسخة: «ومحمد».
(٣) ينظر: «الأصل» (١١/ ٢٩٣).
(٤-٤) في (ج، ل): «بنصف درهم ونصف بدرهم»، وفي (ح، س، ض، ع): «ونصف بدرهم»، وفي (ح٢): «ونصف درهم»، وفي (ر): «ونصفًا بدرهم».
(٥) ينظر: «التجريد» (٦/ ٣١٣٨).
(٦) ينظر: «المهذب» (٢/ ١٧٥).



بينَ الوزْنَيْنِ، فلا يتحقَّقُ حصولُ الزيادةِ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنه أَمَره بصَرْفِ الدرهمِ[1] في اللَّحْمِ وظنَّ أن سعرَه عشرةُ أرطالٍ، فإذا اشتَرى عشرينَ فقد فعَلَ المأمورَ وزاده خيرًا، فصار كمَن أَمَر رجلًا أن يَبِيعَ عبدَه بألفٍ فباعه بألفَيْنِ.

الجوابُ: أنه إذا أَمَره بالبيعِ فالثمَنُ عِوَضُ ملْكِ الآمِرِ، وعِوَضُ ملْكِ الغيرِ لا يَجوزُ أن يستَحِقَّه الوكيلُ بإذنِه ولا بغيرِ إذنِه؛ ألا تَرى أنه لو قال: بعْ ثَوْبِي على أن ثَمَنَه لكَ. لم يَصِحَّ، فلهذا كانت الزيادةُ للآمِرِ، وفي مسألتِنا الزيادةُ مُشتراةٌ بثمنٍ على ملْكِ الآمِرِ، ويَجوزُ أن يَشْتَرِيَ بمالِ غيرِه لنفْسِه كما لو قال: اشْتَرِ لنفْسِكَ عبْدًا بدراهمِي[2]. جاز، فلذلك لم يَلْزَمِ الآمِرَ ولَزِم المأمورَ.

قال: وإذا وكَّله بشراءِ شيءٍ بعَيْنِه، فليس له أن يَشْتَرِيَه لنفْسِه.

والمسألةُ مبنيةٌ على أن الوكيلَ لا يَصِحُّ أن يَعْزِلَ نفسَه إلا بمحضَرٍ من الموكِّلِ؛ لأنه فسْخُ عقدٍ بلفظِ الفسخِ فلا يَصِحُّ مِن غيرِ علمِ صاحبِه كسائرِ العقودِ، وإذا ثبَت هذا قُلْنا: لو جوَّزْنا شراءَه لنفْسِه كان فيه عزْلُ نفسِه، وهو لا يَمْلِكُ ذلك، فلم يَنْعَزِلْ ووقَع الشراءُ للموكِّلِ لمَّا لم يَصِحَّ أن يقَعَ لنفْسِه.

قال: وإن وكَّله بشراءِ عبدٍ بغيرِ عينِه فاشتَرى عبْدًا فهو للوكيلِ إلا أن يقولَ: نويتُ الشراءَ للموكِّلِ، أو يَشْتَرِيَه بمالِ الموكِّلِ.

وهذا الذي ذكَره يَجِيءُ على وجوهٍ[3]:

---

(١) في (ض): «الدراهم».
(٢) في (ع): «بدرهمي».
(٣) في (أ٢، ل، ي): «وجه».



إن اتفقا أنه اشتَراه لنفْسِه فهو له.

وإن اتفقا أنه اشتَراه للموكِّل كان للموكِّلِ؛ لأن المبيعَ ينتَقِلُ مِن جهةِ الوكيلِ إلى الموكِّلِ، فإذا اتفقا على أنه له صحَّ كالبائعِ والمشتَري إذا تصادَقا أنه للمشتَرِي.

وإن اختلفا فقال الوكيلُ: اشتريتُه لنفْسِي. وقال الموكِّلُ: اشتريتُه لي. فإنه يُحَكَّمُ الثمنُ؛ فإن كان دفَع دراهمَ نفْسِه فهو له، وإن كان دفَع دراهمَ الموكِّلِ فهو للموكِّلِ؛ وذلك لأن أمورَ المسلِمِينَ محمولةٌ على الصحةِ والسلامةِ ما أَمْكَن، والظاهِرُ أن الوكيلَ لم يَغْصِبْ دراهمَ الموكِّلِ واشتَرى بها لنفْسِه، بل اشتَرى بها للموكِّل فوجَب أن يكونَ له.

وأما إذا اتفقا على أنه لم تَحْضُرْه النيةُ؛ قال أبو يوسفَ: يُحَكَّمُ الثمنُ. وقال محمدٌ: هو للوكيلِ[1].

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن العقدَ يَجوزُ أن يكونَ وقَع للوكيلِ، ويَجوزُ أن يكونَ وقَع للموكِّل فكان الأَمْرُ فيه موقوفًا؛ فإذا دفَع دراهمَ الموكِّلِ صار ضامِنَه[2] بوقوعِ العقدِ للموكِّلِ؛ لأنا إن لم نَحْمِلْه على ذلك صار الوكيلُ غاصِبًا، ويَجِبُ حمْلُ أَمْرِه على السلامةِ ما أَمْكَن.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الأصلَ أن تصرُّفَ الإنسانِ لنفْسِه لا يَحتاجُ إلى نيةٍ، وتصرُّفُه لغيرِه يَحتاجُ إلى نيةٍ، فإذا اتفقا على أنه لم يَنْوِ فالظاهِرُ أنه له.

وإذا ثبَت هذا جِئْنا إلى مسألةِ «الكتابِ»، فقُلْنا: يكونُ الشراءُ لنفْسِه إلا أن

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٣١)، و«الهداية» (٣/ ١٤١)، و«البناية» (٩/ ٢٤٩).

(٢) في (ج، ح، ح٢، ي): «رضًا منه»، وفي (س): «ضامنا».



يقولَ نويتُ أن يكونَ للموكِّلِ فيكونَ له بالاتِّفاقِ.

وأما قولُه: أو يشتريه بمالِ الموكِّلِ. فهو قولُ أبي يوسفَ، وقد بَيَّنَّاه خلافَ ما قاله محمدٌ[1].

قال: والوكيلُ بالخصومةِ وكيلٌ بالقبْضِ عندَ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، ومحمدٍ.

وقال زفرُ: لا يكونُ وكيلًا بالقبضِ[2].

وجْهُ قولِهم: أن المقصودَ بالخصومةِ الاستيفاءُ ومقصودُ الوَكَالةِ مِن حقوقِها، ومَن وكِّل بشيءٍ فهو وكيلٌ بحقوقِه كالوكيلِ بالبيعِ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أنه قد يَصْلُحُ للخصومةِ مَن لا يَصْلُحُ للقبضِ ولا يُؤتَمَنُ عليه، فلم يكن التوكيلُ بأحدِهما توكيلًا بالآخرِ.

قال: والوكيلُ بِقَبْضِ الدَّيْنِ وكيلٌ في الخصومةِ فيه عندَ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: ليس بوكيلٍ في الخصومةِ، وهو روايةٌ عن أبي حنيفةَ[3].

---

(١) قال في حاشية (ح): «والفتوى اليوم على قول زفر رَحِمَهُ ٱللَّهُ لظهور الخيانة في الوكلاء، وقد يؤكده على الخصومة من لا يؤتمن على المال، ونظيره الوكيل المتقاضي يملك القبض، على أصل الرواية؛ لأنه في معناه وضعًا، إلا أن العرف بخلافه، وهو قاض على الوضع، فالفتوى على أن لا يملك. هداية».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٢٩)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٤)، و«المحيط البرهاني» (٩/ ٤٩١)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٢٧٨).

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٢٩)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٧)، و«الهداية» (٣/ ١٤٩).



وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الوَكالةَ بالقبضِ يتضمَّنُ تمليكَ ما في الذِّمَّةِ بما يأْخُذُ، والوكيلُ بالتمليكِ وكيلٌ في الخصومةِ، أصلُه الوكيلُ بالبيعِ.

وجْهُ قولِهما: أن الموكِّلَ أَذِنَ له في القبْضِ، فلم يَمْلِكْ ما لم يُجْعَلْ إليه، أصلُه الوكيلُ بقبْضِ الأعيانِ، والفَرْقُ بينَهما أن الوكيلَ بقبْضِ الأعيانِ وكيلٌ بنَقْلِ[1] العينِ[2] فحسْبُ، وليس بوكيلٍ بالتمليكِ، فلم يتضمَّنْ وكالتَه الخصومةَ، والوكيلُ بقبْضِ الدَّيْن وكيلٌ بالتمليكِ على ما بَيَّنَّاه فكان وكيلًا بالخصومةِ.

قال: وإذا أقرَّ الوكيلُ بالخصومةِ على موكِّلِه عندَ القاضِي جاز إقرارُه، ولا يَجوزُ إقرارُه عليه عندَ غيرِ القاضِي عند أبي حنيفةَ، ومحمدٍ إلَّا أنه يَخْرُجُ مِن الخصومةِ، وقال أبو يوسفَ: يَجوزُ إقرارُه عليه عندَ القاضِي وعندَ غيرِه.

والكلامُ هاهنا يقَعُ أوَّلًا في أن إقرارَ الوكيلِ بالخصومةِ على موكِّلِه جائزٌ في الجملةِ، وقال زفرُ: لا يَجوزُ[3]. وبه قال الشافعيُّ[4].

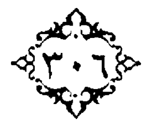
وجْهُ قولِهم: أن جوابَ الدعوى تارةً يكونُ بـ(لا)، وتارةً يكونُ بـ(نعم). فإذا جاز له الإنكارُ جاز له الإقرارُ وتحريرُه أنه أحدُ جَوابَي الدعوى فملَكه وكيلُ المدعَى عليه بإطلاقِ الوَكالةِ في الخصومةِ كالإنكارِ.

(١) في (ح، ر، س، ض، ع): «بقبض»، وفي (ي): «بنقد».

(٢) في (ي): «الأعيان».

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٢٩)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٤)، و«الهداية» (٣/ ١٥٠)، و«العناية» (٨/ ١١٤).

(٤) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٠٩)، و«الحاوي» (٦/ ٥١٣)، و«المهذب» (٢/ ١٦٧)، و«بحر المذهب» (٦/ ٤١).



وجْهُ قولِ زفرَ: أنَّا لو جوَّزْنا إقرارَه لكان مُستفادًا بالوَكالةِ، وجوازُ الإقرارِ لا يتعلَّقُ بالعقودِ لِما فيه مِن تعليقِ الإقرارِ بحظرٍ؛ وذلك لا يَجوزُ.

فإن قال الشافعيُّ: مَن لا يَصِحُّ إقرارُه في غيرِ مجلسِ القاضِي لا يَصِحُّ في مجلسِ القاضِي، أصلُه إذا نهاه عن الإقرارِ.

قيل له: الموكِّلُ أقامه مقامَ نفْسِه في الخصومةِ، وذلك يَختَصُّ بمجلسِ القاضِي، والمنازعةُ في غيرِ مجلِسِه لغْوٌ، ولهذا لا يَلْزَمُ الخصمَ الجوابُ عنها، ولو حلَف لم يُعْتَدَّ بيمينِه ولم تسقُطِ الخصومةُ بها، ومَن أقرَّ في حالٍ لم يُقِمْه مقامَ نفْسِه فيها لم ينفُذْ إقرارُه عليه، وقد رُوِي عن أبي يوسفَ: أن الموكِّلَ لو استَثْنَى الإقرارَ مِن الوَكالةِ لم يَجُزْ. فجَعَله كاستثناءِ موجِبِ العقدِ[1].

وإذا ثبَت هذا عُدْنا إلى مسألةِ «الكتابِ» فقُلْنا: لا يَجوزُ إقرارُه عندَ غيرِ القاضِي على قولِ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ؛ لِما بيَّنَّاه مِن أن الخصومةَ تَختَصُّ بمجلِسِ القاضِي دُونَ غيرِه.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الوكيلَ قائمٌ مقامَ الموكِّلِ في المطالبةِ والاستيفاءِ، فإذا جاز إقرارُ الموكِّلِ عندَ غيرِ القاضِي كذلك حُكْمُ وكيلِه.

قال: ومَن ادَّعى أنه وكيلُ الغائبِ في قبْضِ دَيْنِه، فصدَّقه[2] الغريمُ، أُمِر بتَسْلِيمِ الدَّيْنِ إليه.

---

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٥٠).

(٢) قال في حاشية (ح): «إنما قيد بالتصديق؛ لأنه إذا سكت أو كذب الوكيل يرجع إذا حضر الغائب وكذَّب الوكيل، سواء كان المؤدَّى باقيًا في يد الوكيل أو هالكًا. حافظ الدِّين الكبير».



وقال الشافعيُّ: لا يُجْبَرُ على التسليمِ(1).

لنا: أنه أقرَّ له بحقٍّ، وهو استحقاقُ القبْضِ، فإذا طالبه به فامْتَنع منه وجَب أن يُجْبَرَ عليه إذا لم يكن فيه إبطالُ حقِّ الغائبِ، أصلُه إذا أقرَّ له بدَيْنٍ أو ادَّعى أنه وارثُه لا وارثَ له غيرُه فصدَّقه، ولا يَلْزَمُ إذا ادَّعى وكالةً بقبْضِ الوديعةِ؛ لأن في التسليمِ إسقاطَ حقِّ الموكِّل مِن العينِ.

فإن قيل: وكالتُه لم تثْبُتْ في حقِّ صاحبِ المالِ، فلا يُجْبَرُ على دفْعِه إليه، أصلُه إذا كذَّبه في الوَكَالةِ.

قيل له: المقِرُّ إنما يدْفَعُ مالَ نفْسِه لا مالَ صاحبِ الدَّيْنِ، فوجَب أن يَعتَبِرَ ثبوتَ الوَكَالةِ في حقِّه لا في حقِّ الغائبِ؛ ألا ترى أنه إذا أقرَّ أن صاحبَ الدَّيْنِ مات وهذا ابنُه، فلم يثبُتِ النسَبُ في حقِّ صاحبِ الدَّيْنِ؛ ومع ذلك يدْفَعُ إليه؛ لأنَّ النسَبَ يثْبُتُ في حقِّ المقِرِّ، وأما إذا كذَّبه فلم تثبُتِ الوَكَالةُ في حقِّ صاحبِ الدَّيْن ولا في حقِّ غريمِه، فلم يُجْبَرْ على الدفْعِ بدعْوى الوكيلِ، وهاهنا بخلافِه.

قال: فإن حضَر الغائبُ فصدَّقه، وإلَّا دفَع إليه الغريمُ الدَّيْنَ ثانيًا.

وذلك لأنه أقرَّ بحقٍّ للحاضرِ وحقٍّ للغائبِ فلا يُصدَّقُ على إبطالِ حقِّ الغائبِ بدَفْعِه إلى الحاضرِ، وإذا لم يُصدَّقْ أُمِر بدَفْعِه إليه، وليس له أن يُطالِبَ الوكيلَ، وقال بعضُ أصحابِ الشافعيِّ: إن شاء ضمَّن الوكيلَ(2).

وهذا لا يَصِحُّ لأن حقَّه في ذِمَّةِ الغريمِ ....

(1) ينظر: «الحاوي» (6/ 552، 559)، و«نهاية المطلب» (7/ 46)، و«بحر المذهب» (6/ 40).

(2) ذكره الشاشي القفال في «حلية العلماء» (5/ 124).



لم[1] يتعَيَّنْ[2] بالدفعِ، فكان له اتِّباعُ الذِّمَّةِ، فأما الوكيلُ فإنما قبَض مالَ الدافعِ، فلا سبيلَ لصاحبِ الدَّيْنِ عليه.

فإن قيل: إن الوكيلَ قد اعْترَف أنه قبَض مالَ صاحبِ الحقِّ، وأنه ائْتَمَنه عليه، فإذا لم يُقبلْ قولُه في الأمانةِ بَقِي قبضُه لمالِ غيرِه بغيرِ أَمْرِه فيَضْمَنُ.

قيل له: لما كذَّبه في هذا الإقرارِ سقَط حكْمُ الإقرارِ، وصار كأنه لم يكن، فلا يتعلَّقُ به حكمٌ.

قال: ورجَع به على الوكيلِ إن كان باقيًا في يدِه.

وذلك لأن الوكيلَ إنما قبَضه على أن يكونَ لصاحبِ الحقِّ، ويَسقُطَ به ما في ذِمَّةِ الغريمِ ولم يُوجَدْ ذلك، وإنما سقَط الحقُّ بقبضِ صاحبِ الدَّيْنِ ثانيًا، فوجَب أن يَرُدَّ عليه ما قبَض، وإن لم يكن في يدِه فليس له الرجوعُ عليه؛ لأنه لمَّا صدَّقه على الوَكَالةِ، ففي زَعْمِه أنه أمينٌ في القبْضِ وأن الموكِّلَ ظالِمٌ فيما يُطالِب به ثانيًا، فيُقْبَلُ قولُه في براءةِ نفْسِه.

قال: وإن قال: إنِّي وكيلٌ بقبْضِ الوديعةِ. فصدَّقه[3] لم يُؤْمَرْ بالتسلِيمِ إليه.

وذلك لأن فيه إسقاطَ حقِّ المالِكِ مِن العينِ وهو لا يَمْلِكُ ذلك، وليس كذلك في الدَّيْنِ؛ لأنه يدْفَعُ مِلْكَ نفْسِه فلا ضَرَرَ على الغائبِ فيه، فإن دفَع إليه، ثُمَّ جاء الغائبُ فصدَّقه برِئا جميعًا، وإن كذَّبه على الوَكَالةِ كان له أن يُضَمِّنَ

---

(١) في (ي): «لا».

(٢) في (ج، ح، ح٢، ض، غ): «يتغيَّر»، وفي (ع، ل): «يعتبر».

(٣) بعده في (ي): «المودع».



المودَعَ؛ لأنه دفَع مالَ غيرِه إلى غيرِ مالِكِه مِن غيرِ إذْنٍ فلَزِمه الضمانُ، وإذا ضَمَّنه والعينُ قد تَلِفتْ في يدِ الوكيلِ فهل للمودعِ أن يَرْجِعَ؟ هو على أربعةِ أوجُهٍ:

أحدُها: أن يكونَ قد صدَّقه في الوَكَالةِ ودفَع إليه ولم يُضَمِّنْه فلا يكونُ له الرجوعُ عليه؛ لأن في زعْمِه أنه أخَذه بحقٍّ، وأن الموكِّلَ ظلَمه في الضمانِ، فلا يثبُتُ له الرجوعُ.

والثاني: أن يكونَ قد صدَّقه ودفَع إليه، وشرَط الضمانَ[1] احتياطًا مِن أن يكذِّبه الغائبُ، فيكونَ له الرجوعُ؛ لأن هذا ضمانٌ مُعلَّقٌ بشرْطٍ، وذلك يَجوزُ عندَنا، فإذا ضَمِنه الغائبُ رجَع عليه لأجْلِ ضمانِه.

والثالثُ: أن يُكذِّبَه ويدْفَعَ إليه، فإذا ضمَّنه المالكُ فله الرجوعُ؛ لأن في زَعْمِه أنه أخَذه بغيرِ حقٍّ، وإن لم يُصدِّقْه ولم يُكذِّبْه ودفَع إليه فله الرجوعُ أيضًا؛ وذلك لأن له أن يُصدِّقَه وله أن يُكذِّبَه، فإذا طالَبه به فقد كذَّبه فكان له الرجوعُ.

وقد قالوا: في رجلٍ وكَّل رجلًا بقبْضِ ألفٍ له على رجلٍ، وغاب الطالبُ فجاء الوكيلُ وأَثْبَت وكالتَه، والذي عليه الدَّيْنُ مُقِرٌّ بالألفِ غيرَ أنه يدَّعِي أنه أوفاها الطالبَ، لم يكن على الوكيلِ إقامةُ البيِّنَةِ ولا إحضارُ الطالبِ لِيَحْلِفَ، ولكن يُقال للذي عليه الدَّيْنُ: ادْفَعْ هذه الألفَ واتَّبِعِ الطالبَ باليمينِ، فإن حلَف وإلا رَجَعْتَ عليه؛ وذلك لأن عقدَ المداينةِ أَوْجَب القضاءَ، وقد ثبَت أنه حقٌّ للوكيلِ، فإذا ادَّعى الذي عليه الدَّيْنُ الإيفاءَ فيُرِيدُ إسقاطَ حقٍّ ثابتٍ بأَمْرٍ يَجوزُ أن يكونَ،

---

(١) قال في حاشية (ح): «بأن قال له عند الدفع إليك على أن الموكل إن أنكر وكالتك وأخذ مني ثانيًا، فأنت ضامن لهذا المال».



ويَجوزُ أن لا يكونَ، فلا يَجوزُ ذلك، ويُجْبَرُ على الدفْعِ، فإن أراد الذي عليه الدَّيْنُ أن يُحَلِّفَ الوكيلَ ما يَعْلَمُ أن الطالبَ قد استَوْفَى الألْفَ لم يكن له أن يُحَلِّفَه في قول أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وقال زفرُ: أُحَلِّفُه[1] على عِلْمِه، فإن أَبَى أن يَحْلِفَ خرَج مِن الوَكَالةِ، ولم يَبرَأِ الذي عليه الدَّيْنُ، وكان الطالِبُ على حجَّتِه[2].

وجْهُ قولِهما: أن الدعوى وقعَتْ على الموكِّل، فلو استَحْلَف الوكيلُ كان ذلك نيابةً في اليمينِ، والنيابةُ لا تَصِحُّ في الأيمانِ، وليس كذلك إذا مات الطالِبُ، فادَّعى الذي عليه الدَّيْنُ أن الميتَ كان استَوْفاه أن الوارثَ يَسْتَحْلِفُ؛ لأن اليمينَ هاهنا تثبُتُ لحقِّ المطلوبِ، فكان الاسْتِحْلافُ[3] حقًّا على الوارثِ لا على وجْهِ النيابةِ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن اليمينَ يَسْقُطُ بها حَقُّ الوكيلِ مِن المطالبةِ إذا نكَل فوجَب أن يُسْتَحْلَفَ، أصلُه إذا ادَّعى أنه عزَله عن الوَكَالةِ.

وقد قال أصحابُنا: لا يَسمَعُ القاضِي البَيِّنَةَ على الوَكَالةِ إلا بعْدَ حضورِ خصمٍ، فإذا حضَر الخصمُ فادَّعى الوكيلُ أنه وكَّله فلانٌ، وأن لموكِّلِه على هذا ألفٌ. سَمِع هذه الدعوى[4].

وقال الشافعيُّ: يَسمَعُ البَيِّنَةَ مِن غيرِ حضورِ خصمٍ[5]، فإن أَحْضَر خصمًا

---

(١) في (ر، غ، ل) «يحلفه»، وفي (س): «حلفه».

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٦)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ٢٨٤).

(٣) في (ج، ح٢، غ): «الاستخلاف»، وفي (ر، س): «الاستحقاق».

(٤) ينظر: «التجريد» (٦/ ٣٠٧٤).

(٥) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٥٠٨)، و«نهاية المطلب» (٧/ ٣٥)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣٢٢).



وادَّعى عليه ألفًا لم يَسْمَعْ هذه الدعوى إلا بَعْدَ ثبوتِ الوَكَالةِ.

دليلُنا: أنه أقام بَيِّنَةً بالوَكَالةِ مِن غيرِ خصمٍ فلا يَصِحُّ كتوكيلِ المرأةِ بالنكاحِ، والمسألةُ مَبْنِيَّةٌ على أصلِنا أنه لا يَجوزُ القضاءُ على الغائبِ، وهذا قضاءٌ على الغائبِ؛ لأنه يثبُتُ له حقُّ المطالَبةِ على الغائبِ؛ وذلك لا يَجوزُ.

فإن قيل: مَن لا يُعْتَبَرُ رضاهُ في تثبيتِ الوَكَالةِ لا يُعْتَبَرُ حضورُه، أصلُه الأجنبيُّ.

قيل له: هاهنا الحقُّ يثبُتُ على الغريمِ، وما يثبُتُ على الإنسانِ مِن الحقوقِ لا يُعْتَبَرُ في ثبوتِه الرضا، وقد يُعْتَبَرُ الحضورُ فيما يثبُتُ على الإنسانِ؛ بدليلِ النكولِ عن اليمينِ لا يثبُتُ حكمُه إلا بعد حضورِه.

وقد قال أبو حنيفةَ، وأبو يوسفَ: إذا وكَّله ببيعٍ فاسدٍ فباع بيعًا صحيحًا جاز.

وقال محمدٌ: لا يَجوزُ[1]. وبه قال الشافعيُّ[2].

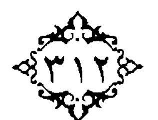
وجْهُ قولِهما: أنه أَمَره ببيعٍ بشرْطٍ فملَكَ أن يَبِيعَ بيعًا صحيحًا، أصلُه إذا أَمَره بالبيعِ بشرْطِ العِتْقِ؛ ولأنه إذا أَمَره بالبيعِ إلى العطاءِ فقد وكَّله بِبَيْعِ عينٍ بثمنٍ مؤجَّلٍ، فجاز لهذا التوكيلِ البيعُ، أصلُه الأجلُ الصحيحُ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أنه وكَّله ببيعٍ لا يقتَضِي التسليمَ، فلم يَجُزْ أن يَبِيعَ بيعًا يقتَضِي التسليمَ، كما لو وكَّله ببيعِ عبدٍ آبِقٍ.

---

(١) ينظر: «التجريد» (٦/ ٣١٠٩)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٩).

(٢) ينظر: «المهذب» (٢/ ١٦٨)، و«بحر المذهب» (٦/ ٦٢)، و«كفاية النبيه» (١٠/ ٢٥٩)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٣٢٣).



الجوابُ: أنه قد وكَّله بالبيعِ والتسليمِ وإن كان البيعُ لا يُوجِبُ ذلك، فإذا باع فقد فعَل ما وُكِّل به، وأما إذا وكَّله بِبَيْعِ عبدِه الآبِقِ، فإن الوَكالةَ منعَقِدَةٌ فإن حضَر العبدُ جاز له بَيْعُه بتلك الوَكالةِ ووجَب تسليمُه.

وقد قال أبو حنيفةَ، ومحمدٌ: إذا باع الوكيلُ، ثُمَّ أَبْرَأَ مِن الثمنِ جازتْ براءتُه.

وقال أبو يوسفَ: لا تَصِحُّ براءتُه[1]. وبه قال الشافعيُّ[2].

وجْهُ قولِهما: أنه معْنًى يُسقِطُ الدَّيْنَ عن ذِمَّةِ المشتَرِي يَمْلِكُه الموكِّلُ، فجاز أن يَمْلِكَه الوكيلُ، أصلُه الاستيفاءُ والرَّدُّ بالعيبِ، ولا يَلْزَمُ الإقالةَ؛ لأن الوكيلَ يَمْلِكُها عندَنا؛ لأنها فسْخٌ وهو يَمْلِكُ الفسْخَ، والمسألةُ مَبْنِيَّةٌ على أن حقوقَ العقدِ تتعلَّقُ بالعاقدِ والدَّيْنُ في الذِّمَّةِ هو المطالبةُ، والمطالبةُ مِن حقوقِ العقدِ، والعاقدُ مِمَّن يَمْلِكُ إسقاطَ حقِّ نفْسِه، والدَّيْنُ يَقْبَلُ الإسقاطَ.

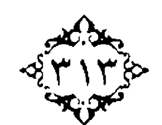
وجْهُ قولِ [3]أبي يوسفَ[3]: أنه أبرأ مِن دَيْنِ غيرِه بغيرِ إذْنِه، فوجَب أن لا يَصِحَّ، كما لو أَبْرَأ مِن دَيْنٍ ثبَت بغيرِ عقدِه.

قيل له: لا نُسلِّمُ، بل الدَّيْنُ للوكيلِ وما يتعيَّنُ به لغيرِه، والمعْنَى فيما وجَب بغيرِ عقدِه أن العقدَ لم يُوجِبْ له المطالبةَ به، فلم يَمْلِكْ بحكْمِ العقدِ البراءةَ منه، وفي مسألتِنا دَيْنٌ يَحتَمِلُ البراءةَ أَوْجَبه بعقدِه فملَك أن يُبْرِئَ منه، كما يَمْلِكُ أن يُسْقِطَ حقوقَ نفْسِه، وإذا جازتِ البراءةُ عندَهما لَزِم الوكيلَ ضمانُ الثمنِ؛

(١) ينظر: «التجريد» (٦/ ٣١٢٠).

(٢) ينظر: «المهذب» (٢/ ١٦٧)، و«بحر المذهب» (٦/ ٨٦).

(٣) في (أ٢، ج، ح، ح٢، ض، ع، ي): «محمد»، وكتب في حاشية (ج): «أبي يوسف».



لأنه بالبراءةِ مُنِع أن يتعيَّنَ حقُّ الموكِّل في الثانِي؛ وذلك بمنزلةِ الإتلافِ، أصلُه ضمانُ المغرورِ الذي مُنِع مِن حصولِ الرِّقِّ وصار كإتلافِ الرِّقِّ.

وقد قال أبو حنيفةَ: إذا وكَّله بشراءِ[1] عبدٍ، فاشترى عبدًا أَعْمَى أو مقطوعَ اليدَيْنِ بقيمتِه جاز.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يَجوزُ[2]. وبه قال الشافعيُّ[3].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنه عبدٌ لو عيَّنه جاز له شراؤُه، فجاز له شراؤُه بإطلاقِ الوَكَالةِ كالبصيرِ.

فإن قيل: إطلاقُ البيعِ يقتَضِي الصحةَ بدليلِ أن مَن اشْتَرى شيئًا، فوجَد به عيبًا لم يَلْزَمْه؛ فكذلك إطلاقُ الأَمْرِ بالشراءِ.

قيل له: يَبْطُلُ بالعيبِ اليسيرِ، واحتَجَّ أبو يوسفَ، ومحمدٌ في المسألةِ بأن هذا العبدَ لا يُمْكِنُ استخدامُه والعبدُ يُرادُ للخدمةِ.

والجوابُ: أنه يَبْطُلُ بالعبدِ المقطوعِ اليدِ والرِّجْلِ مِن خِلافٍ أن عندَهما يَجوزُ شراؤُه مع وجودِ ذلك.

وقد قالوا: إذا دفَع إليه عشرةَ دراهمَ فقال: اشْتَرِ لي بها طعامًا. فإنه لا يَجوزُ أن يَشْتَرِيَ بها إلا الحنطةَ والدقيقَ، ولا يَجوزُ أن يَشْتَرِيَ بها الفاكهةَ، واللَّحْمَ، ولا الخبزَ أيضًا، والأصلُ في ذلك أن الطعامَ المطْلَقَ اسمٌ للحنطةِ ودقيقِها،

---

(١) في (أ٢، ح٢، ض، ع، ي): «ببيع»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في مصدر التخريج.

(٢) ينظر: «التجريد» (٦/ ٣١٣١).

(٣) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٥٥٦)، و«بحر المذهب» (٦/ ٨٢)، و«التهذيب» (٤/ ٢٢٣).



وقد يُستَعْمَلُ في سائرِ ما يُتَطَّعَمُ[1]، فالوَكَالةُ فيه محمولةٌ على دلالةِ الحالِ، فإذا دفَع إليه دراهمَ كثيرةً وقال: اشْتَرِ بها طعامًا. ففي العادةِ أن ذلك القَدْرَ لا يُشْتَرى به الخبزُ والفاكهةُ دفعةً واحدةً، فحُمِلتِ الوَكَالةُ على ما يُشْتَرى به دفعةً واحدةً، وهو الحنطةُ ودقيقُها الذي يُدَّخَرُ للأقواتِ، فإن دفَع إليه درهمًا واحدًا وقال: اشْتَرِ به طعامًا. فهذا القَدْرُ لا يُشْتَرى به الحنطةُ في العادةِ، فحُمِل ذلك على الخبزِ وما يُؤكَلُ في الحالِ.

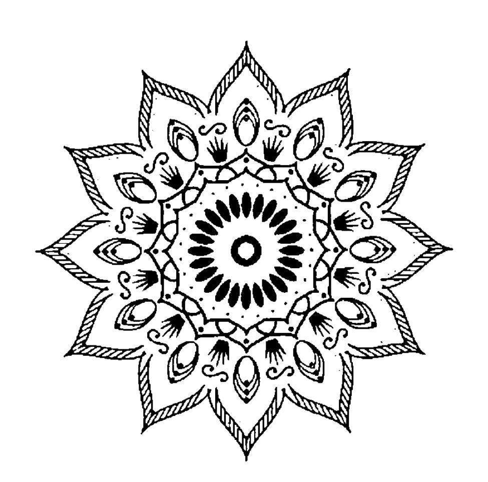
وقد قالوا: لو دفَع إليه دراهمَ كثيرةً وهناك وَليمةٌ فقال: اشْتَرِ بها طعامًا. فاشْتَرى بها الخبزَ جاز[2]؛ لأن الخبزَ الكثيرَ يُحتاجُ إليه في الوليمةِ، ولا يُحتاجُ إلى الطعامِ، والأَمْرُ في هذا محمولٌ على العادةِ ودلالةِ الحالِ.

والله أعلم

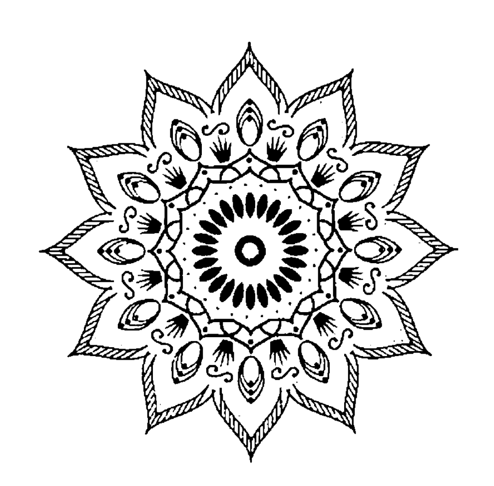
(١) في (ر): «يستطعم»، وفي (ل): «يطعم».

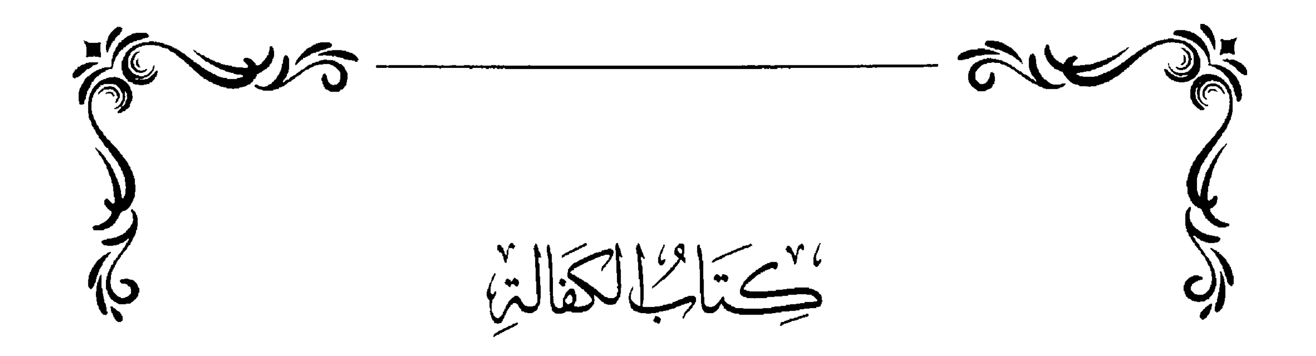
(٢) ينظر: «المبسوط» (١٩/ ٤١)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٣١)، و«العناية» (٨/ ٣٣).





كِتَابُ الكَفَالَةِ





كتاب الكفالة

الكفالةُ في اللغةِ مأخوذةٌ مِن الضَّمِّ، ومنه قالوا للخشبةِ التي (١يُعْمَدُ بها١) الحائطُ: كِفْلًا(٢).

وقال تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧] يعني: ضَمَّها إلى نفسِه، فلمَّا ضَمَّ صاحبُ الحقِّ إحدَى(٣) الذِّمَّتينِ إلى الأُخرَى في التَّوَثُّقِ سُمِّي ذلك كفالةً.

والدليلُ على جوازِ الكفالةِ قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الزعيمُ غارمٌ»(٤). وبُعِث النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والناسُ يعقِدونها، فأَقَرَّهم على ذلك.

(١-١) في (أ٢): «يعمدونها»، وفي (ي): «يعملونها على»، وفي (ع): «يعتمد بها».

(٢) في (ي): «كفالة»، وفي (س): «كفيلاً».

(٣) في (أ٢، ض، ي): «أحد».

(٤) أخرج أبو داود (٣٥٦٥)، والترمذي (١٢٦٥، ٢١٢٠)، وابن ماجه (٢٤٠٥) من حديث أبي أمامة. قال الترمذي: «حديث حسن».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٢): «الزعيم بالزاي المعجمة، والعين المهملة، وياء آخر الحروف، وآخره ميم: الكفيل».

وقال: «الغارم: قال في التهذيب: الزعيم غارم، أي: لازم لما زعم، أي: كفل، إذ الغريم إنما سمي غريمًا لأنه يلح في الطلب. وقال في المحكم: رجل غارم، أي: عليه دين. وقال الأزهري: وعندي يجوز أن يكون غارم على النسب، أي: ذو إغرام، أو تغريم». ينظر: «تهذيب اللغة» (٨/ ١٢٩)، و«المحكم والمحيط الأعظم» (٥/ ٥١٩).



قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الكفالةُ على ضربَيْن؛ كفالةٌ بالنفسِ، وكفالةٌ بالمالِ؛ فالكفالةُ بالنفسِ (١ جائزةٌ، والمضمونُ بها إحضارُ المكفولِ به.

أمَّا الدليلُ على جوازِ الكفالةِ بالنفسِ ١)، خلافَ أحدِ قولَيِ الشافعيِّ، قولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الزعيمُ غارمٌ»(٢).

فإن قيل: إنَّه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حكَم بصِحَّةِ الكفالةِ التي يلزمُ الكفيلَ فيها الغُرْمُ(٣)، والكفيلُ بالنفسِ لا يَغرَمُ شيئًا.

قيل له: الغُرْمُ مُشتقٌّ مِن اللُّزومِ، والكفيلُ بالنفسِ يلزَمُه الإحضارُ، ويَدُلُّ عليه الإجماعُ، وهو ما رُوِي: «أنَّ رجلًا أتى ابنَ مسعودٍ فأخبَره أنَّه سمِع ابنَ نَوَّاحةَ(٤) يُؤَذِّنُ ويقولُ: أشهدُ أنَّ مُسيلمةَ رسولُ اللَّهِ. فدَعاه فاعترَف بذلك فعرَض التوبةَ عليه فلم يَتُبْ، فأمَر عبدَ اللَّهِ بنَ قَرَظةَ(٥) بنِ كعبٍ الأنصاريَّ فأخرَجه إلى السوقِ، فحَزَّ رأسَه، ثُمَّ استشار أصحابَ محمدٍ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في قومِه؟ فقال عَدِيُّ بنُ حاتمٍ: نَقتُلُهم. وأشارَ الأشعثُ بنُ قيسٍ، وجريرُ بنُ عبدِ اللَّهِ بأنْ يَستتِيبَهم(٦) ويَكفُلَهم عشائرُهم، ففعَل ذلك، ونَفاهم إلى الشامِ»(٧).

(١-١) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ٢٤٧)، و«مختصر المزني» (٨/ ٤٢٣)، و«الحاوي الكبير» (٦/ ٤٦٢).

(٣) في (أ٢): «الغرام».

(٤) في (أ٢): «براحة»، وفي (غ): «خواجة»، وفي (ل): «حواحة». وينظر: «الإصابة» (٥/ ٢١٥).

(٥) في (أ٢): «فرصة». وينظر: «تهذيب الكمال» (٢٣/ ٥٦٣).

(٦) في (أ٢): «يشتتهم»، وفي (ق): «يستقيم».

(٧) علَّق البخاري بعضه (٣/ ٩٥). ووصله أبو داود (٢٧٦٢)، والنسائي في الكبرى (٨٦٢٢)، =



فاتَّفَقَ هؤلاءِ على جوازِ الكفالةِ بالنفسِ ولم يُنكِرْه أحدٌ، ولم يُنقَلْ أيضًا عن أحدٍ مِن الفقهاءِ بطلانُها، ولأنَّ الحضورَ مُستحَقٌّ على المطلوبِ، ويُمكِنُ استيفاؤُه مِن الكفيلِ، فجازَتِ الكفالةُ به، أصلُه المالُ.

فإن قيل[1]: لو صَحَّتْ هذه الكفالةُ لم يَبرَأْ منها الكفيلُ إلا بالإبراءِ أو الأداءِ كالكفالةِ بالمالِ، فلمَّا سقَطَتْ[2] بموتِ المكفولِ عنه دلَّ على أنَّها لا تَصِحُّ.

قيل له: هذا غلطٌ؛ لأنَّ المكفولَ عنه إذا ماتَ سقَط عنه الحضورُ[3]، وسقوطُ الحقِّ عن الأصلِ[4] يُوجِبُ سُقُوطَه عن الكفيلِ، ونظيرُ ذلك مِن الكفالةِ بالمالِ أن يَهَبَ الدَّينَ لمَن هو عليه، فيَبْرَأَ الكفيلُ بذلك أيضًا.

وإذا ثبَت جوازُ الكفالةِ بالنفسِ قلنا: الواجبُ على الكفيلِ[5] إحضارُ المكفولِ به؛ وذلك لأنَّ الحضورَ واجبٌ على المطلوبِ، وقد ضمِن الكفيلُ عنه هذا الحقَّ، فلا يَلزَمُه أكثرُ مِن إحضارِه.

قال: وتنعقِدُ إذا قال: تكَفَّلْتُ بنفسِ فلانٍ، أو برقبتِه، أو برُوحِه، أو بجسدِه، أو برأسِه، أو بنصفِه، أو بثُلُثِه.

وابن المنذر (٨٣٧٦)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (١١/ ٣١٢، ٣١٣)، والبيهقي (٦/ ٧٧)، (٨/ ٢٠٦) من طريق أبي إسحاق، عن حارثة بن مضرب، عن ابن مسعود. ورواية أبي داود والنسائي مختصرة. قال ابن حجر في «تغليق التعليق» (٣/ ٢٩١): «هذا إسناد صحيح». ينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٣٩٧).

(١) بعده في (ج): «له».

(٢) في (أ٢، ج، س، ض، ق، ي): «سقط».

(٣) في (ي): «الحقوق».

(٤) في (س): «الأصيل».

(٥) في (ي): «الوكيل».



وذلك لأنَّ الرَّقبةَ والنفسَ يُعَبَّرُ بهما عن الجملةِ، فصارَ ذكرُهما كذكرِ الذَّاتِ، وأمَّا جوازُها إذا ذكَر جزءًا شائعًا، فلأنَّ الكفالةَ تتعلَّقُ بالحَظْرِ[1]، فإذا أضافَها إلى جزءٍ شائعٍ ثبَت وسرَى إلى الجميعِ كالطلاقِ والعَتاقِ.

قال: وكذلك إن قال: ضَمِنتُه. أو: هو عليَّ أو إليَّ. أو: أنا زعيمٌ به، أو قَبِيلٌ[2].

أمَّا قولُه: ضَمِنتُه. فهو صريحٌ في الضمانِ وهو معنى الكفالةِ، وذكرُ معنى العقدِ يقومُ مقامَ ذكرِ العقدِ.

وقولُه: هو عليَّ. هذه اللفظةُ مِن ألفاظِ الوجوبِ فتُفِيدُ الضَّمَانَ.

وقولُه: إليَّ. تُفِيدُ الضَّمانَ أيضًا، والدليلُ عليه ما روِي في حديثِ أبي قتادةَ: «أنَّ رجلًا مِن الأنصارِ ماتَ، فلمَّا وُضِع ليُصَلَّى عليه، قال رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هل على صاحِبِكم مِن دَيْنٍ؟» فقالوا: نعم، دينارانِ. فتأخَّر رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقال: «صَلُّوا على صاحِبِكم». فقال أبو قتادةَ: هما إليَّ، والميتُ منهما بريءٌ. فصَلَّى عليه رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»[3].

وأمَّا قولُه: زعيمٌ. فالزعيمُ الضَّمِينُ؛ لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الزعيمُ غارمٌ».

وأمَّا قولُه: قَبِيلٌ. فالقَبِيلُ في اللغةِ: الكفيلُ، ومعناه: القابِلُ[4] للضَّمانِ، وإذا

---

(١) في (أ٢، ق، ي): «بالحضور».

(٢) في (ي): «قتيل»، وبعده في (ج، ونسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣١١): «به».

(٣) أخرجه الترمذي (١٠٦٩)، والنسائي (١٩٥٩)، وابن ماجه (٢٤٠٧). قال الترمذي: «حديث أبي قتادة حديث حسن صحيح».

(٤) في (ي): «العامل».



كانَتْ هذه الألفاظُ يُعَبَّرُ بها[1] عن معنًى واحدٍ قام بعضُها مقامَ بعضٍ.

وقد قال أصحابُنا: لو قال: لفلانٍ عندي أو قِبَلِي أنَّه وديعةٌ[2]. وجعَلوه في هذا الموضعِ يُوجِبُ الضَّمانَ، وذلك لأنَّ اللفظَ يُستعمَلُ فيها على ما بَيَّنَّاه في «بابِ الإقرارِ»، وفي مسألتِنا لمَّا أشار إلى الدَّينِ، وهو لا يُوصَفُ بِثُبُوتِ اليدِ عليه، عُلِم أنَّه أرادَ ثُبُوتَه في الذِّمَّةِ فيُصَدَّقُ؛ لأنه قد يُعَبَّرُ[3] بهذا اللفظِ عمَّا في الذِّمَّةِ، وإن لم يَكُنْ ظاهرًا فيه، فإذا لم يُمكِنْ أنْ يُحمَلَ على حقيقتِه، وهو ثُبُوتُ اليدِ حُمِل على هذا، وإذا ثبَت أنَّ هذه الألفاظَ يَصِحُّ الضمانُ بها، فلا فرقَ بينَ ضمانِ النفسِ أو ضمانِ المالِ بها.

قال: فإنْ شرَط في الكفالةِ تسليمَ المكفولِ به في وقتٍ بعينِه لزِمه إحضارُه إذا طالَبه به في ذلك الوقتِ.

وذلك لأنَّ الكفالةَ بالمالِ تَصِحُّ[4] إلى أجلٍ، فكذلك الكفالةُ بالنفسِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما نوعُ ضمانٍ، وإذا صَحَّ تأجيلُها وجَب الحقُّ بالحلولِ، ووقَف على مطالبةِ صاحبِ الحقِّ.

قال: فإنْ أحضَره وإلا حبَسه الحاكمُ.

وذلك لأنَّه حقٌّ وجَب عليه يُمكِنُه الخروجُ منه، فإذا لم يَفعَلْ حُبِس كمَن عليه دَيْنٌ، فامتَنع مِن أدائِه.

---

(١) في (ج): «بهما».

(٢) ينظر: «النتف في الفتاوى» (٢/ ٧٦٣)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٩٤)، و«المبسوط» (١٨/ ١٠).

(٣) في (ج): «يعبوا»، وفي (ض، ي): «يعني»، وفي (ق): «تعير».

(٤) في (أ٢، ي): «لا تصح».



قال: وإذا أحضره وسَلَّمَه في مكانٍ يَقدِرُ المكفولُ له على محاكمتِه بِرِئَ الكفيلُ مِن الكفالةِ.

وذلك لأنَّ الغرضَ المقصودَ محاكمتُه، فإذا سَلَّمَه في مكانٍ يقدِرُ عليها فقد وُجِد الغرضُ، فيَبْرَأُ مِن الضَّمانِ.

قال: وإذا تكفَّلَ على أنْ يُسَلِّمَه في مجلسِ القاضي فسَلَّمَه في السوقِ بِرِئَ، وإنْ سَلَّمَه في بَرِّيَّةٍ لم يَبرَأْ.

وهذا لِمَا بَيَّنَّا أنَّ الغرضَ المحاكمةُ، فإذا سَلَّمَه في السوقِ أمكَنه محاكمتُه؛ وذلك لا يُمكِنُ في البَرِّيَّةِ، فلا يَبرَأُ بتسليمِه فيها.

وقد قال أبو حنيفةَ: لو شرَط عليه أن يُسَلِّمَه في مِصْرٍ فَسَلَّمَه في مِصْرٍ آخرَ بِرِئ، ولو سَلَّمَه في السَّوَادِ في مكانٍ لا قاضيَ فيه لم يَبرَأْ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: إذا سَلَّمَه في بلدٍ آخرَ لم يَبرَأْ[1].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ المقصودَ مِن تَسْليمِه وإحضارِه في البلدِ المحاكمةُ؛ وذلك موجودٌ عندَ كلِّ قاضٍ، فصار التَّسليمُ في هذا البلدِ وفي غيرِه سواءً.

وجهُ قولِهما: أنَّ الطالبَ يجوزُ أنْ يكونَ له بَيِّنةٌ في بلدٍ يَتمكَّنُ مِن إقامتِها فيه، ولا يُمكِنُ إقامتُها في بلدٍ آخرَ، فلا يُوجَدُ الغرضُ في التَّسليمِ في غيرِ البلدِ المشروطِ.

والجوابُ: أنَّه يَقدِرُ على محاكمتِه في بلدٍ آخرَ، ويَتنجَّزُ كتابُ القاضي

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٤٥)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ١٢)، و«تبيين الحقائق» (٤/ ١٤٩).



بذلك إلى قاضي البلدِ الذي فيه الشَّهادةُ، فيصيرُ كأنَّه سَلَّمَه في ذلك البلدِ الذي له فيه البيِّنةُ، فيبرأُ بذلك.

قال: وإذا ماتَ المكفولُ به برِئ الكفيلُ بالنفسِ مِن الكفالةِ.

وذلك لأنَّ المكفولَ عنه إذا ماتَ سقَط عنه الحضورُ، فوجَب أن يسقُطَ عن كفيلِه؛ لأنَّ براءةَ[1] المكفولِ عنه مِن الحقِّ المضمونِ تُوجِبُ براءةَ كفيلِه.

وقد قالوا: إذا تَعذَّرَ على الكفيلِ إحضارُه لغَيْبةٍ أو غيرِ ذلك مِن الأعذارِ تأخَّرتِ المطالبةُ عن الكفيلِ، ولا يُحبَسُ، ولكن يُؤجَّلُ إن كان المكفولُ به غائبًا مُدَّةَ ذَهابِه ومَجِيئِه، فإنْ جاءَ به وإلا حُبِس؛ وذلك لأنَّ التَّسليمَ يجِبُ على حَسَبِ الإمكانِ، وإذا علِم القاضي تَعذُّرَه على الكفيلِ[2]،فهو بمنزلةِ تَعذُّرِ المالِ على الكفيلِ إذا أعسَر وعلِم الحاكمُ بذلك أو قامَتْ به بيِّنةٌ، فإنَّ العُسْرَ لا يُبْرِئُه مِن ذلك، ولكنْ يُنتظَرُ به إلى حالِ اليُسْرِ، فكذلك في مسألتِنا؛ لأنَّ الإحضارَ حَقٌّ واجبٌ مضمونٌ كما أنَّ المالَ مضمونٌ فتَساوَيا.

قال: وإنْ تكفَّلَ بنفسِه على أنَّه إنْ لم يُوَافِ به في وقتِ كذا، فهو ضامنٌ لِما عليه وهو ألفٌ، فإن لم يُحضِرْه في الوقتِ لزِمه ضمانُ المالِ، ولم يَبْرَأْ مِن الكفالةِ بالنفسِ.

وذلك لأنه تَكفَّلَ (³بالنفسِ وضمِن المالَ بشرطِ تركِ المُوَافاةِ به، والضمانُ يَصِحُّ تعليقُه بالشرطِ³)، فإذا لم يُوَافِ به فقد وُجِد شرطُ ضمانِ المالِ، فلزِمه

---

(١) في (ع): «لأنه برأه».

(٢) في (ع): «الوكيل».

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (ي).



وصَحَّتِ الكَفالتانِ، فإذا أَدَّى المالَ برِئ مِن أحدِ الضَّمانَيْنِ، ولم يَبْرَأْ مِن الآخرِ لجوازِ أن يَدَّعِيَ عليه دَيْنًا آخرَ فيَلزَمه إحضارُه.

قال: ولا تجوزُ الكفالةُ بالنفسِ في الحدودِ والقصاصِ عندَ أبي حنيفةَ[1].

وكان الشيخُ أبو الحسنِ يقولُ: المشهورُ مِن قولِهم أنَّ الكفالةَ بالنفسِ في الحدودِ والقصاصِ جائزةٌ إذا بَذَلَها[2] المطلوبُ.

وإنَّما قال أبو حنيفةَ: لا يَطلُبُها القاضي منه ابتداءً. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يُؤخَذُ منه كفيلٌ ابتداءً[3].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ الكفالةَ المقصودُ منها التَّوَثُّقُ، والقاضي مأمورٌ بدَرْءِ الحدودِ وتركِ التَّوَثُّقِ منها، فلهذا لم يَبتدِئْ بمطالبةِ الكفيلِ بها[4]، فإن بَذَلَها المطلوبُ جاز.

فإن قيل: فقد قال أبو حنيفةَ: إنَّه يُحبَسُ، والتَّوَثُّقُ بالحبسِ أعظمُ مِن التَّوَثُّقِ بالكفيلِ[5].

قيل له: ليس الحبسُ للتَّوَثُّقِ؛ وإنما هو للتُّهمةِ؛ لأنَّ الشُّهودَ قد أخبَروا أنه يُفسِدُ في الأرضِ بقتلِ الناسِ وانتهاكِ الأعراضِ، والحبسُ في التُّهْمةِ واجبٌ.

---

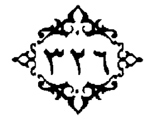
(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٤٣)، و«المبسوط» (٢٠/ ١٠٧)، و«الهداية» (٣/ ٨٩)، و«العناية» (٧/ ١٧٧).

(٢) في (أ٢، ض، غ، ق، ل، ي): «بدلها»، وفي (س): «بدأها».

(٣) ينظر: «المبسوط» (٢٠/ ١٠٥)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٧٦)، و«المحيط البرهاني» (٦/ ١٦٤).

(٤) في (ج): «فيها».

(٥) «البناية» (٨/ ٤٣٢).



وجهُ قولِهما: أنَّ الحضورَ مُستحَقٌّ لسماعِ البيِّنةِ، فجازتِ الكفالةُ به كالخصومةِ في الأموالِ.

فأمَّا الكفالةُ بنفسِ الحدِّ والقصاصِ، فلا تجوزُ في قولِهم[1]؛ لأنَّ ذلك لا يُمكِنُ استيفاؤُه مِن الكفيلِ، فلا تَصِحُّ الكفالةُ به.

قال: وأمَّا الكفالةُ بالمالِ فجائزةٌ؛ معلومًا كان المالُ المكفولُ به أو مجهولًا، إذا كان دَيْنًا صحيحًا، مثلَ أنْ يقولَ: تكَفَّلتُ عنه بألفِ درهمٍ. أو: بمالك عليه. أو: بما يُدرِكُك في هذا البيعِ.

والكلامُ في هذا الموضعِ يقعُ في مسألتَيْن:

إحداهما: جوازُ الكفالةِ بالمجهولِ. وقال الشافعيُّ: لا يَصِحُّ ضمانُ المجهولِ، ولا ضمانُ ما لم يَجِبْ[2]. ونصَّ الشافعيُّ على جوازِ ضمانِ الدَّرَكِ[3].

دليلُنا: قولُه تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢]. وحِمْلُ البعيرِ مجهولٌ يَزيدُ ويَنقُصُ، ولأنَّ العلماءَ اتَّفَقُوا على جوازِ ضمانِ الدَّرَكِ وهو مجهولٌ، ولأنه مالٌ مضمونٌ فجازتِ الكفالةُ به، أصلُه المعلومُ.

---

(١) ينظر: «المبسوط» (٢٠/ ١٠٦).

(٢) فيه قولان للشافعية، والجديد منهما عدم الجواز، ينظر: «الحاوي» (٦/ ٤٥١)، و«المهذب» (١/ ٣٤٠، ٣٤١)، و«حلية العلماء» (٥/ ٥٦)، و«البيان» (٦/ ٣١٧).

(٣) ضمان الدرك، هو: ضمان البائع تعويض المشتري عند فقدان الحقوق التي نقلها إليه بالبيع أو بعضها، أو هو: ضمان عهدة المبيع عن البائع للمشتري، وعن المشتري للبائع إن خرج العوض مستحقًّا. ينظر: «المستوعب» (١/ ٧٥٤)، و«تحرير ألفاظ التنبيه» (ص٢٠٤). وفي مسألة ضمان الدرك، ينظر: «الحاوي» (٦/ ٢٢)، و«المهذب» (٢/ ١٥١).



فإنْ قيل: ضمانُ مالٍ مجهولٍ، فلم يَصِحَّ، كما لو قال: ضَمِنتُ لك بعضَ مالِك على فلانٍ.

قيل له: هذا يَصِحُّ عندَنا، والخيارُ فيه إلى الضامنِ يُبَيِّنُ أيَّ مقدارٍ شاءَ.

والمسألةُ الثانيةُ: أنَّ الكفالةَ لا تَصِحُّ إلا بدَيْنٍ صحيحٍ، ولا تَصِحُّ بمالِ الكتابةِ؛ لأنه ليس بِدَيْنٍ صحيحٍ؛ ألَا ترَى أنَّ المولَى لا يَثْبُتُ له دَيْنٌ على عبدِه، فدَلَّ على أنَّ مالَ الكتابةِ لم يَثْبُتْ ثُبُوتًا صحيحًا، والذي يُبَيِّنُ صِحَّةَ ذلك أنَّ الكفالةَ لو صَحَّتْ بمالِ الكتابةِ لم يَخْلُ أن يَثْبُتَ الدَّينُ في ذِمَّةِ الكفيلِ[1] ناقِصًا أو كاملًا، ولا يجوزُ أن يَثْبُتَ كاملًا؛ لأنَّ الكفيلَ لا يلزَمُه أكثرُ مما لزِم المكفولَ عنه، ولا يجوزُ أن يَثْبُتَ ناقِصًا؛ لأنَّ النقصَ في ذِمَّةِ المكاتَبِ إنما هو؛ لأنَّه دَيْنٌ للمَوْلَى على عبدِه، وهذا المعنى لا يُوجَدُ في حقِّ الكفيلِ، فلم يَبْقَ إلا أن لا يَثْبُتَ، فلذلك لم تَصِحَّ الكفالةُ[2].

قال: والمكفولُ له بالخيارِ؛ إنْ شاءَ طالَب الذي عليه الأصلُ، وإنْ شاءَ طالَب كفيلَه.

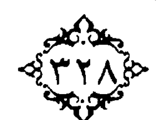
وذلك لأنَّ الدَّينَ ثابتٌ في ذِمَّةِ كلِّ واحدٍ منهما؛ الدليلُ عليه: ما رُوِي في حديثِ أبي قتادةَ: أنَّه لمَّا قضَى دَيْنَ[3] الميتِ الذي ضمِن عنه مِن الغدِ، قال له النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الآنَ بَرَّدْتَ مَضْجعَه»[4]. فدَلَّ أنَّه لم يَكُنْ برِئ بالضَّمانِ،

---

(١) في (أ٢، ي): «المكفول». (٢) في (ع): «الوكالة».

(٣) ليس في: (س، ض، ق، ي).

(٤) أخرجه الطيالسي (١٧٧٨)، وأحمد (١٤٥٣٦)، والحاكم (٢/ ٥٨) من حديث جابر؛ بلفظ: «الآن بردت عليه جلده». قال الحاكم: «هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه».



ولأنَّا قد بَيَّنَّا أنَّ معنَى الكفالةِ هو ضَمُّ إحدَى الذِّمَّتَينِ إلى الأُخرَى، وإذا ثبَت أنَّ الدَّيْنَ ثابتٌ في ذِمَّةِ كلِّ واحدٍ منهما كان له أن يَسْتوفيَ ذلك مِن أَيِّهما شاءَ.

وقد قالوا: إذا اختار مُطالبةَ أحدِهما كان له بعدَ ذلك مُطالبةُ الآخرِ.

وقالوا في الغاصبِ، وغاصبِ الغاصبِ: إذا اختارَ المالكُ[1] تضمينَ أحدِهما فليس له تضمينُ الآخرِ[2]، والفرقُ بينَهما أنَّ اختيارَ التَّضْمينِ يَتضمَّنُ نقلَ المِلْكِ إلى الضَّامنِ في العينِ المغصوبةِ، ويستحيلُ أن يملِّكَ العينَ لاثنَيْن لكلِّ واحدٍ منهما جميعًا[3]، وفي مسألةِ الكفالةِ ليس في المطالبةِ تمليكُ الطالبِ، فلذلك لا يُمنَعُ مِن مطالبةِ الآخرِ.

قال: ويجوزُ تعليقُ الكفالةِ بالشَّرطِ؛ مثلَ أن يقولَ: ما بايَعتَ فلانًا فعَلَيَّ. (٤أو: ما ذابَ لك عليه فعَلَيَّ٤). أو: ما غصَبك فعَلَيَّ.

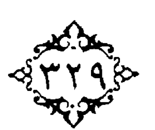
وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٞ﴾ [يوسف: ٧٢]. ولاتِّفاقِ المسلمين على جوازِ ضمانِ الدَّرَكِ، وهو ضمانٌ مُعَلَّقٌ بشرطٍ، وإذا ثبَت جوازُ تعليقِها بشرطٍ.

(١) في (ي): «المال».

(٢) قال في حاشية (ح): «وكذا إذا اختار تضمين أحد الغاصبين؛ لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه».

(٣) في (ج، ي): «جميعها».

(٤-٤) ليس في (أ٢، س، ض، ونسخة مختصر القدوري). وينظر: «الجوهرة النيرة» (١/ ٣١٢).
وذاب لك عليه: «أي: ما ثبت ووجب».
«لسان العرب» (٣/ ٨٦) (ب ر د).



قال أصحابُنا: ما يُذكَرُ على وجهِ الشرطِ على وجهَيْن: إنْ كان الشَّرطُ لوجوبِ الحقِّ أو لإمكانِ الاستيفاءِ جاز تعليقُ الكفالةِ به؛ مثلَ أن يقولَ: إذا اسْتُحِقَّ المبيعُ[1]. أو: قدِم زيدٌ. لأنَّ الاستحقاقَ للوجوبِ، وقُدُومَ زيدٍ قد يَتسهَّلُ[2] به الأداءُ، وهو أن يكونَ مكفولًا عنه.

وإن كان الشَّرطُ بخلافِ ذلك لم يَجُزْ، وذلك مثلُ أن يقولَ: إنْ هَبَّتِ الريحُ. أو: جاءَ المطرُ. لأنَّ هذا لا يُذكَرُ على طريقِ التأجيلِ، ولا هو سببٌ لوجوبِ الحقِّ، ولا لتسهيلِ الاستيفاءِ، والأموالُ لا يجوزُ أن يَتعلَّقَ وجوبُها بالشرطِ، وما ذُكِر في «الكتابِ» مِن الشروطِ كلُّ واحدٍ منهما سببٌ لوجوبِ الحقِّ، فصَحَّ تعليقُ الكفالةِ به.

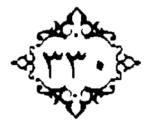
وقد قالوا: لو تَكفَّل إلى أجلٍ مجهولٍ جاز؛ لأنَّ المعقودَ عليه يجوزُ دخولُ الجهالةِ فيه؛ مثلَ أن يقولَ: ما بايَعتَ فلانًا فهو عليَّ. فلأَنْ يَصِحَّ دخولُ الجهالةِ في الأجلِ أَوْلَى، فإن جَعَل الأجلَ ما لم تَجْرِ العادةُ أن يُجعَلَ أجلًا؛ مثلَ هُبُوبِ الريحِ أو مجيءِ المطرِ جازتِ الكفالةُ وبطَل الشرطُ.

والمالُ حالٌّ على الكفيلِ؛ وذلك لأنَّ هذا إذا لم يَصِحَّ أنْ يكونَ أجلًا كان شرطًا، وقد بَيَّنَّا أنَّه لا يَصِحُّ شرطُه؛ وإنما لم تَبطُلِ الكفالةُ بهذا الشرطِ؛ لأنَّ ما جاز تعليقُه بالشُّروطِ لا تُبطِلُه الشُّروطُ الفاسدةُ، أصلُه الطلاقُ والعَتاقُ، وإذا بطَل الشرطُ وصَحَّتِ الكفالةُ كان المالُ حالًّا.

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٤١)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٤)، و«الهداية» (٣/ ٩٠).

(٢) في (ي): «يتشهد».



قال: وإذا قال: تكفَّلتُ بمالك عليه. فقامتِ البيِّنةُ عليه بألفٍ ضمِنها الكفيلُ.

وذلك لأنَّ الألفَ قد ثبَتَتْ على الغَرِيمِ بالبيِّنةِ، فصَحَّ الضمانُ بها.

قال: فإنْ لم تَقُمِ البيِّنةُ، فالقولُ قولُ الكفيلِ مع يمينِه في مقدارِ ما يعترِفُ به.

وذلك لأنَّه مالٌ مجهولٌ لزِمه بقولِه، فكان القولُ قولَه في مقدارِه، أصلُه إذا أقرَّ بشيءٍ مجهولٍ، وأمَّا قولُه: مع يمينِه. فلأنَّ مَن جُعِلَ القولُ قولَه فيما هو خَصْمٌ فيه، والشيءُ مما يَصِحُّ بدلُه، فالقولُ قولُه مع يمينِه، أصلُه المُدَّعَى عليه بالمالِ.

قال: فإنِ اعترَف المكفولُ عنه بأكثرَ مِن ذلك لم يُصَدَّقْ على كفيلِه.

وذلك لأنَّ اعترافَه تَضَمَّنَ شيئَيْن، أحدُهما على نفسِه، والآخرُ على الكفيلِ، وقولُه مقبولٌ على نفسِه غيرُ مقبولٍ على غيرِه.

قال: وتجوزُ الكفالةُ بأمرِ المكفولِ عنه وبغيرِ أمرِه.

أمَّا إذا كان بأمرِه فهو في معنى القَرْضِ، فكأنَّه قال: أقرِضْني[1] ألفَ درهمٍ وادفَعْها إلى فلانٍ. وذلك جائزٌ، وأمَّا جوازُها بغيرِ أمرِه، فلحديثِ أبي قتادةَ.

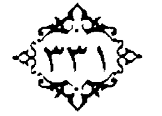
قال: فإنْ كفَل[2] بأمرِه رجَع عليه بما يُؤَدِّي[3].

وذلك لِما بَيَّنَّا أنَّ أمرَه له بالأداءِ في معنى القَرْضِ، والمُقْرِضُ له الرُّجوعُ

(١) في (أ٢، ع): «أقرضتني».

(٢) بعده في (ج، ل): «عنه».

(٣) بعده في (ج): «عنه».



على مَن أقرَضه كذلك هذا، وهذا الذي ذكَره إنَّما يَصِحُّ إذا قال: اضمَنْ عَنِّي[1] لفلانٍ كذا. فإنْ كان قال له: اضمَنِ الألفَ التي لفلانٍ عليَّ. لم يرجِعْ عليه عندَ الأداءِ؛ لأنَّ قولَه: اضمَنْ. يحتمِلُ أن يكونَ على وجهِ التَّبرُّعِ، ويحتمِلُ غيرَه، فلا يجوزُ إيجابُ الضَّمانِ إلا بلفظٍ يختَصُّ به، فإذا قال: اضمَنْ عَنِّي. دَلَّ على الضَّمانِ فلزِمه، ولا يلزَمُه غيرُه بالشَّكِّ.

قال: وإن كفَل بغيرِ أمرِه لم يَرجِعْ بما يُؤَدِّيه.

وذلك لأنَّه تبرَّعٌ بقضاءِ دَيْنِ غيرِه، فلا يَرجِعُ به كما لو تبرَّعَ بالإنفاقِ على أهلِه أو دارِه.

قال: وليس للكفيلِ أن يُطالِبَ المكفولَ عنه بالمالِ قبلَ أن يُؤَدِّيَ عنه.

وذلك لِما بَيَّنَّا أنَّه في حكمِ المُقرِضِ[2]، ومَن سأَلَ غيرَه قَرْضًا، فلم يَفعَلْ لم يَكُنْ له أن يرجعَ عليه.

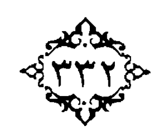
قال: فإنْ لُوزِمَ[3] بالمالِ كان له أن يُلازِمَ المكفولَ عنه حتى يُخَلِّصَه.

وذلك لأنَّه هو الذي أدخَله في هذه المطالبةِ، فكان عليه خَلاصُه منها، وكذلك إن حُبِس كان له أن يحبِسَ المكفولَ عنه؛ ألَا ترَى أنَّه لو أدَّى رجَع به عليه؛ لأنَّه هو الذي ألزَمه الأداءَ، فلزِمه خَلاصُه منه، وكذلك المطالبةُ والحبسُ.

قال: وإذا أبرَأ الطالبُ المكفولَ عنه، أو اسْتَوفَى منه برِئ الكفيلُ.

---

(١) في (أ٢): «علي».
(٢) في (ي): «المفروض».
(٣) في (ي): «المفروض».



وذلك لأنَّ الكفالةَ لا تَصِحُّ إلا فيما هو مضمونٌ على المكفولِ عنه، فإذا سقَط عن ذِمَّتِه بالأداءِ أو البراءةِ سقَط عن كفيلِه لاستحالةِ بقاءِ الفرعِ[1] مع زوالِ الأصلِ.

قال: وإنْ أبرَأَ الكفيلَ لم يَبرَأْ المكفولُ عنه.

وذلك لأنَّ سُقُوطَ الدَّينِ عن ذِمَّةِ الكفيلِ لا يمنَعُ بقاؤُه في ذِمَّةِ صاحبِ الأصلِ، الدليلُ عليه قبلَ الكفالةِ.

قال: ولا يجوزُ تعليقُ البراءةِ مِن الكفالةِ بشرطٍ.

وذلك لأنَّ فيها معنى التَّمْليكِ؛ ألَا ترَى أنَّ المكفولَ عنه يملِكُ ما في ذِمَّتِه، والتَّمْليكُ لا يجوزُ تعليقُه بشرطٍ.

قال: وكلُّ حقٍّ لا يُمكِنُ استيفاؤُه مِن الكفيلِ لا تَصِحُّ الكفالةُ به كالحدودِ والقصاصِ.

وقد بَيَّنَّا ذلك.

قال: وإذا تكَفَّلَ عن المُشترِي بالثمنِ جاز.

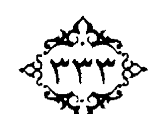
وذلك لأنَّه دَيْنٌ صحيحٌ يُمكِنُ استيفاؤُه مِن الكفيلِ، فَصَحَّتِ الكفالةُ به[2] كالقرضِ.

قال: وإنْ تكَفَّلَ عن البائعِ بالمبيعِ لم يَصِحَّ.

---

(١) في (أ٢): «الغريم»، وفي (ي): «ذمة الغريم».

(٢) من (أ٢، ج، س، ض، غ، ق).



والكلامُ في هذا يقعُ في ضمانِ الأعيانِ؛ فنقولُ: الأعيانُ على ضربَيْن: أمانةٌ ومضمونةٌ؛ فما كان مِن ذلك أمانةً فالكفالةُ لا تَصِحُّ بها؛ لأنَّ الكفالةَ عقدُ ضمانٍ يلزَمُ به ما هو مضمونٌ على المكفولِ عنه، (١فإذا كانتِ العينُ غيرَ مضمونةٍ على المكفولِ عنه لم يَصِحَّ ضمانُها عنه١)، وهذا مثلُ الودائعِ، والعَوَارِي، وأموالِ المضاربةِ، والشركةِ، والعينِ المُستأجَرةِ، (٢إلَّا أنَّ٢) العاريةَ يجِبُ رَدُّها، وكذلك العينُ المُستأجَرةُ يجِبُ تسليمُها، فإنْ ضَمِن ضامنٌ[٣] تسليمَها عمَّن هي في يدِه جاز، وما سِوى ذلك ليس بمضمونِ العينِ، ولا مضمونِ الرَّدِّ، فلا تَصِحُّ الكفالةُ به.

وأمَّا الأعيانُ المضمونةُ (٤فهي على ضربَيْن؛ منها ما هو مضمونٌ بنفسِه، ومنها ما هو مضمونٌ بغيرِه، فما كان مضمونًا٤) بنفسِه: مثلَ العينِ المغصوبةِ، والمقبوضةِ على وجهِ السَّومِ، أو ببيعٍ فاسدٍ، فالكفالةُ بها تَصِحُّ ويلزَمُ الضامنَ رَدُّ العينِ حالَ بقائِها، ودفعُ قيمتِها بعدَ[٥] هلاكِها؛ لأنها مضمونةٌ على الذي هي في يدِه على هذا الوجهِ، فلزِم كفيلَه الضَّمانُ على ذلك الوجهِ.

وما كان مِن ذلك مضمونًا بغيرِه: كالمبيعِ في يدِ البائعِ، والرَّهنِ في يدِ المُرتهِنِ، فإنْ ضمِن ضامنٌ العينَ لم يَصِحَّ؛ لأنَّها غيرُ مضمونةٍ بنفسِها، يُبيِّنُ

(١-١) ما بين القوسين ليس في (س).

(٢-٢) في (ي): «لأن».

(٣) من (أ٢، ج، س، ض، غ، ق، ل، ي).

(٤-٤) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٥) في (ي): «بغير».



ذلك أن المبيعَ لو هلَكَ في يدِ البائعِ انفسَخ العقدُ، ووجَب عليه رَدُّ الثمنِ، ولم تجِبْ قيمةُ العينِ، وإذا لم يجِبْ بالهلاكِ حقٌّ لم يلزَمِ الضامنَ شيءٌ، وكذلك الرَّهنُ إذا هلَكَ في يدِ المُرتهِنِ صار مُسْتوفِيًا بهلاكِه، ولا يلزَمُه حقٌّ، فكذلك لم يلزَمِ الضامنَ شيءٌ، فإنْ ضمِن تسليمَ المبيعِ جاز؛ لأنَّ التسليمَ مُسْتحَقٌّ على البائعِ، ويُمكِنُ استيفاؤُه مِن الكفيلِ، فجازَ الكفالةُ به.

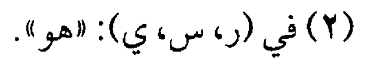
وقد أطلَق صاحبُ «الكتابِ» رَحِمَهُ ٱللَّهُ المسألةَ، وقال: وإنْ تَكَفَّلَ بالمبيعِ[1] عن البائعِ لم يَجُزْ. والمرادُ به إذا تَكَفَّلَ بالعينِ على ما بيَّنَّاه، فإنْ تَكَفَّلَ بالتَّسْليمِ صَحَّ وجاز.

قال: مَن اسْتأجَر دابةً للحَمْلِ فإنْ كانَتْ بعينِها لم تَصِحَّ الكفالةُ بالحَمْلِ، وإن كانَتْ بغيرِ عينِها جازتِ الكفالةُ.

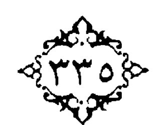
وذلك لأنَّ الدَّابَّةَ إذا كانَتْ مُعيَّنةً، فالواجبُ على المُؤجِّرِ تسليمُ الدَّابَّةِ دونَ الحِملِ، فإذا تكَفَّلَ بالحِملِ، فقد تكَفَّلَ بما لا يجِبُ على المكفولِ عنه، فلا يَصِحُّ، وليس كذلك إذا كانتِ الدَّابَّةُ غيرَ مُعيَّنةٍ؛ لأنَّ الذي يَلزَمُ المُؤجِّرَ الحملُ، وهو مما يُمكِنُ استيفاؤُه مِن الكفيلِ، فَصَحَّتِ الكفالةُ به.

قال: ولا تَصِحُّ الكفالةُ إلا بقبولِ المكفولِ له في مجلسِ العقدِ، إلَّا في مسألةٍ واحدةٍ، وهي[2] أن يقولَ المريضُ لوارثِه: تكَفَّلْ [3]عنِّي بما عليَّ[3] مِن الدَّيْنِ. فيتكَفَّلُ به مع غيبةِ الغُرَماءِ.

(١) في (ي): «بالبيع».


(٢) في (ر، س، ي): «هو».

(٣-٣) في (ي): «بما عليه».



وهذا الذي ذكره قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وقال أبو يوسفَ: المريضُ وغيرُه في ذلك سواءٌ، وإذا بلَغ الغائبُ فرَضِيَ جاز[1].

وجهُ قولِهما: أنَّه عقدٌ يَقِفُ على رِضا الغيرِ، فلا يَقِفُ على غائبٍ مِن المجلسِ، أصلُه البيعُ، وهذا هو القياسُ في مسألةِ المريضِ، وإنما استحسَن أبو حنيفةَ؛ لأنَّ الوارثَ قائمٌ مقامَ الميتِ، والدَّينُ مُسْتَحَقٌّ مِن ميراثِهم، فجازَ أن يُضَمَّنوا ويقوموا مقامَه مِن غيرِ حُضورِ صاحبِ الحقِّ، كما يقومُون مقامَه في قضاءِ الدَّينِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: ما رُوِي في حديثِ أبي قتادةَ، وأيضًا فإنَّ مِن أصلِه أنَّ قولَه: تَكَفَّلتُ لفلانٍ بكذا[2] [3]كلَّ العقدِ[3]. فجاز أن يَقِفَ على غائبٍ مِن المجلسِ كقولِ المرأةِ: زَوَّجتُ نفسِي مِن فلانٍ. على أصلِه أنَّه جميعُ العقدِ.

وعندَ أبي حنيفةَ أنَّ ذلك شطرُ العقدِ[4]، فلا يَقِفُ على غائبٍ مِن المجلسِ كالإيجابِ.

وقد قال أبو حنيفةَ، ومحمدٌ: لا يَصِحُّ الضَّمانُ إلا بِرِضا المكفولِ له[5].

[6]وقال الشافعيُّ: لا يُعْتَبرُ في الكفالةِ رضا المكفولِ عنه والمكفولِ له[6].

---

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ٩٣)، و«العناية» (٧/ ٢٠١)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣١٤)، و«البناية» (٨/ ٤٥١، ٤٥٢).

(٢) بعده في (ج، ل): «بكذا».

(٣-٣) في (أ٢، ي): «العقد»، وفي (ج): «وكذا كل العقد»، وفي (غ، ل): «وكذا انعقد».

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٣٣)، و«المبسوط» (٥/ ١٩)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ١٣٨).

(٥) ينظر: «المبسوط» (١٨/ ١٤٨).

(٦-٦) ما بين القوسين ليس في (ي). وينظر: «نهاية المطلب» (٧/ ١٨)، و«الوسيط» (٣/ ٢٤١)، و«العزيز شرح الوجيز» (٣/ ١٦٣).



لنا: أنَّه عقدُ وثيقةٍ، فوجَب أن يُعتبَرَ فيه رضا مَن له الوثيقةُ، أصلُه الرهنُ، ولا يلزمُ مسألةُ المريضِ؛ لأنَّ الرِّضا مُعتبرٌ عندَ أبي حنيفةَ؛ وإنَّما استُحسِن في أنَّ العقدَ يَنعقِدُ مع عدمِ حُضورِه في المجلسِ؛ فأمَّا أن يقولَ: يَصِحُّ بغيرِ رِضاه. فلا.

فإن قيل: روِي: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ امتَنع مِن الصلاةِ على مَيِّتٍ لدَيْنٍ عليه، فقال عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: هما عليَّ يا رسولَ اللَّهِ، وأنا لهما ضامِنٌ. فصَلَّى عليه»[1]، ولم يُنقَلْ أنَّه شرَط قبولَ المضمونِ له.

قيل له: إنما ضُمِن القضاءُ [2]عِدَةً لا كفالةً[2]، فوثِق النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بوعدِه، وصلَّى عليه كما يُصَلِّي على مَن ترَكَ الوفاءَ لوجودِ جهةِ قضاءِ دَيْنِه، يُبيِّنُ ذلك أنَّ معرفةَ المكفولِ له شرطٌ، وإنْ لم يُعتبَرْ رِضاه عندَهم ولم يُسأَلْ عنه، فدَلَّ أنَّه كان على غيرِ وجهِ الكفالةِ.

فإن قيل: عقدُ ضمانٍ فلا يَفتقِرُ إلى رضا المضمونِ له، أصلُه إذا ضمِن بعضُ الورثةِ عن المريضِ.

قيل له: يَبطُلُ بالحوالةِ، والأصلُ غيرُ مُسَلَّمٍ؛ لأنَّ الوارثَ إذا ضمِن وقَف

---

(١) أخرجه الدارقطني (٣٠٨٢)، والبيهقي (٦/ ٧٣) من طريق عبيد اللَّه الوصافي، عن عطية العوفي، عن أبي سعيد. قال البيهقي: «والحديث يدور على عبيد اللَّه الوصافي وهو ضعيف جدًّا، وقد روي من وجه آخر عن علي بن أبي طالب بإسناد ضعيف».

وحديث علي: أخرجه الدارقطني (٢٩٨٤)، والبيهقي (٦/ ٧٣) من طريق عطاء بن عجلان، عن أبي إسحاق الهمداني، عن عاصم بن ضمرة، عن علي بن أبي طالب. قال البيهقي: «عطاء ابن عجلان ضعيف، والروايات في تحمل أبي قتادة دين الميت أصح، واللَّه أعلم».

(٢-٢) في (أ٢): «عنه لا بكفالة»، وفي (ج، غ، ي): «عنه بكفالة»، وفي (ل): «عدة بكفالة».



العقدُ عندَنا على رضا صاحبِ الدَّينِ، إلا أنَّه لا يُعتَبرُ وقوعُ الرِّضا في المجلسِ.

وقد قال أبو حنيفةَ، ومحمدٌ: إذا قال الرجلُ: اضمَنْ لفلانٍ ألفًا. أو: ادفَعْ إلى فلانٍ. أو: انقُدْ فلانًا. ففعَل المأمورُ لم يرجِعْ على الآمرِ إلَّا أنْ يكونَ خليطًا أو في عيالِه، فإنَّه يرجِعُ عليه اسْتِحسانًا.

وقال أبو يوسفَ: إنْ كان حَرِيفًا له[1] رجَع عليه. وروِي عنه أنَّه قال: لا يرجِعُ عليه بحالٍ[2].

وقال الشافعيُّ: إذا ضمِن بإذنِه وأدَّى بإذنِه رجَع، وإن ضمِن بغيرِ إذنِه [3]وأدَّى بإذنِه[3]. [4]قال أكثرُ أصحابِه: إنه لا يرجِعُ، وإن ضمِن بإذنِه وأدَّى بغيرِ إذنِه[4]. ففيه ثلاثةُ أوجهٍ؛ أحدُها: أنَّه يرجِعُ عليه[5].

وجهُ قولِهما: أنَّه إذا قال: اضمَنْ. احتَمل الضَّمانَ عنه، واحتَمل عن غيرِه، وأحدُهما يَقْتضِي الرُّجوعَ، والآخرُ لا يُوجِبُ الرُّجوعَ، فلم يَثبُتِ الرُّجوعُ بالشَّكِّ، ولا يلزَمُ الخليطُ؛ لأنَّ العادةَ أنَّه يأمُرُه ليرجِعَ عليه، [6]فصار ذلك كشرطِ الرُّجوعِ.

فإن قيل: إنَّه ضمِن بإذنِه فوجَب أن يرجِعَ عليه[6]، كما لو قال[7]: اضمَنْ عنِّي.

---

(١) الحَرِيف، أو حَرِيفُ الرجل: الذي يعامله في حرفته. ينظر: «شمس العلوم» (٣/ ١٤٠٢).

(٢) ينظر: «المبسوط» ٢٠/ ٧٤، و«فتاوى قاضي خان» (٣/ ٣٣).

(٣-٣) من (ج، ض، ع، غ، ق، ل).

(٤-٤) ما بين القوسين ليس في (ي). وينظر: «المهذب» (١/ ٣٤٢)، و«الوسيط» (٣/ ٢٥١).

(٥) ينظر: «نهاية المطلب» (٧/ ١٦)، و«حلية العلماء» (٥/ ٤٩)، و«التهذيب» للبغوي (٤/ ١٨٧).

(٦-٦) ما بين القوسين ليس في (ع).

(٧) في (أ٢): «شرط».



قيل له: إذا قال: اضمَنْ عنِّي. فقد أمَره بإسقاطِ الدَّينِ المضمونِ عنه، فإذا قَضَى فقد مَلَّكَه ما في ذِمَّتِه بأمرِه، فصار كمَن مَلَّكَه عَيْنًا بأمرِه، وإذا لم يَقُلْ: عَنِّي. فلم يُوجَدِ التَّمليكُ ولا شرَط الرجوعَ نطقًا ولا عادةً، فلا يرجِعُ كما لو قال: اضمَنْ عن فلانٍ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ العادةَ في الحَرِيفِ جاريةٌ أنْ يأمُرَه مِن غيرِ أنْ يَذكُرَ الضَّمانَ، والعادةُ بمنزلةِ المنطوقِ به، وعلى الرِّوايةِ الأخرَى أنَّه يضمَنُ؛ لأنَّه أمَر بالدَّفعِ ولا فائدةَ لأمرِه؛ إلا أن يصيرَ مضمونًا عليه.

قال: وإذا كان الدَّينُ على اثنَيْن، وكلُّ واحدٍ منهما كفيلٌ ضامنٌ عن الآخرِ، فما أَدَّى أحدُهما لم يرجِعْ به على شريكِه حتى يَزِيدَ ما يُؤَدِّيه على النصفِ فيرجِعَ بالزِّيادةِ.

وذلك لأنَّه لو رجَع على شريكِه لجاز[1] لشريكِه أنْ يرجِعَ عليه، ولا فائدةَ في ذلك، وإذا أدَّى أكثرَ مِن النصفِ فإنَّه يرجِعُ بالزِّيادةِ؛ لأنَّه قد أدَّى نصيبَ نفسِه وزادَ، والشريكُ في هذه الحالِ لا يقدِرُ أن يرجِعَ عليه، فكان له الرُّجوعُ بالزِّيادةِ.

قال: وإذا تكفَّل اثنانِ عن رجلٍ بألفٍ، وكلُّ واحدٍ منهما كفيلٌ عن صاحبِه، فما أدَّاه أحدُهما يرجِعُ بنصفِه على شريكِه قليلًا كان أو كثيرًا.

وهذا الذي ذكره لا يَصِحُّ على هذا الإطلاقِ، والمرادُ به إذا تكفَّل كلُّ واحدٍ منهما بجميعِ المالِ، ثُمَّ تكفَّل كلُّ واحدٍ منهما بالمالِ[2] عن الآخرِ، ونحنُ

---

(١) في (ي): «فالخيار».

(٢) من (ع).



نُفصِّلُ[1] هذه الجملةَ[2] على وجهٍ يُوضِّحُ ذلك، فنقولُ: إذا تكفَّل اثنانِ لرجلٍ بمالٍ له على رجلٍ، جازتِ الكفالةُ، وعلى كلِّ واحدٍ منهما نصفُ المالِ، وذلك لأنَّهما دخَلا في إطلاقِ العقدِ على وجهٍ واحدٍ، (٥والضَّمانُ ينقسِمُ فيكونُ على كلِّ واحدٍ منهما النصفُ، أصلُه المُشْترِيَيْن للعبدِ[3] الواحدِ أنَّ[4] كلَّ واحدٍ منهما يملِكُ نصفَ العبدِ، ويلزَمُه نصفُ الثمنِ، لمَّا دخَلا في إطلاقِ العقدِ على وجهٍ واحدٍ٥).

فإنْ تكفَّل أحدُ الكفيلَيْن عن الآخرِ جاز، وذلك لأنَّ الدَّينَ ثابتٌ في ذِمَّتِه، فجاز أن يَتكَفَّلَ عنه، كما يجوزُ أن يَتكَفَّلَ عن صاحبِ الأصلِ.

وإذا صَحَّتِ الكفالةُ عن الكفيلِ، فإنْ أدَّى شيئًا فالقولُ قولُه مِن أيِّ المالَيْن أدَّى، وذلك لأنَّ المالَ لزِمه مِن وجهَيْن مُختلِفَيْن: (٦مِن جهةِ الكفالةِ عن صاحبِ الأصلِ٦)، ومِن جهةِ الكفالةِ عن الكفيلِ، وحُكْمُهما[7] مختلِفٌ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما يَثبُتُ له الرُّجوعُ على غيرِ مَن يَثبُتُ له الرُّجوعُ في الآخرِ[8].

---

(١) في (ي): «نقصد».

(٢) في (س): «المسألة».

(٣) في (س): «للعقد». وفي (النسخ): «المشتريين»، والجادة أن يقال: المشتريان، على الرفع، ولعلَّه نصبه على الاختصاص، أي: أعني أو أخص المشتريين.

(٤) في (س): «أو».

(٥-٥) ما بين القوسين ليس في (ع).

(٦-٦) ليس في (ي).

(٧) في (أ٢، ل، ي): «حكمها».

(٨) في (أ٢، ي): «الأصل».



فإذا أدَّى وأُبْهِم (١في الأداءِ١) كان (٢القولُ قولَه؛ كمَن عليه ثمنُ مَبِيعٍ وعليه قرضٌ فأَدَّى شيئًا، كان٢) القولُ قولَه مِن أيِّ المالَيْن أَدَّى، وإنما كان كذلك لأنَّه هو المُمَلِّكُ لِما أدَّى، فكان القولُ قولَه في صفةِ ما مَلَكَ، وقد دَلَّ عليه أيضًا قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إذا اختلف المُتَبايِعانِ فالقولُ ما قاله البائعُ»[٣].

فإن تكفَّل كلُّ واحدٍ مِن الكفيلَيْن عن صاحبِه جازتِ الكفالةُ على ما بَيَّنَّا، فإنْ أدَّى أحدُهما شيئًا كان مما تكفَّل به عن صاحبِ الأصلِ (٤دونَ الكفيلِ، فإن زاد ما أدَّى على ما تكفَّل به عن صاحبِ الأصلِ رجَع على صاحبِه بالزِّيادةِ، وذلك لأَنَّا لو لم نجعَلْ ما أدَّى أولًا عن صاحبِ الأصلِ٤)، وجعَلْناه عن الكفيلِ لَكانَ للكفيلِ أن يجعلَه عن كفيلِه ويرجِعَ به عليه[٥]، فلا يكونُ في ذلك فائدةٌ.

فإذا أدَّى أكثرَ مما تكفَّل به لصاحبِ الأصلِ، فإنَّه إذا رجَع بها لا يملِكُ الكفيلُ الآخرُ أن يرجِعَ بها؛ لأَنَّها لا تجوزُ أن تكونَ إلا مِن الكفالةِ عنه، ولو لم يَكُنِ الأمرُ على ما ذكَرْنا، ولكنِ الكفيلانِ أولًا كفَلا لصاحبِ الدَّينِ، كفلَ كلُّ واحدٍ منهما بجميعِ الدَّينِ، ثُمَّ تكفَّل أحدُهما[٦] عن الآخرِ، ثُمَّ أدَّى أحدُهما

(١-١) في (ج، س، ض، ل): «الأداء»، وفي (غ): «أدى».

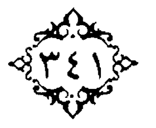
(٢-٢) ليس في (ي).

(٣) أخرجه أبو داود (٣٥١١، ٣٥١٢)، والترمذي (١٢٧٠)، والنسائي (٤٦٦٢، ٤٦٦٣)، وابن ماجه (٢١٨٦) من طرق عن ابن مسعود. وينظر: «نصب الراية» (٤/ ١٠٥-١٠٧)، و«البدر المنير» (٦/ ٥٩٣-٦٠٧)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٣٠-٣٢).

(٤-٤) ما بين القوسين ليس في (أ٢، ي).

(٥) في (س): «غيره».

(٦) في (س): «كل واحد منهما».



شيئًا فإنَّه يرجِعُ بذلك على صاحبِ الأصلِ (١إن شاءَ، وإن شاءَ رجَع بنصفِه على صاحبِه قليلًا كان أو كثيرًا١)؛ وذلك لأنَّ كلَّ واحدٍ منهما لمَّا كفَل بجميعِ المالِ، ثُمَّ كفَل عن صاحبِه، صار ما لزِم كلَّ واحدٍ منهما هو ما لزِم الآخرَ لتَساوِيهما في الكفالةِ، فإذا أدَّى أحدُهما شيئًا يجِبُ أن يرجِعَ على صاحبِه بنصفِه قليلًا كان أو كثيرًا، حتى يُساوِيَه في الأداءِ كما ساوَاه في الضَّمانِ، ومسألةُ صاحبِ الكتابِ التي أطلَقها إنما أراد بها هذا، فليُعلَمْ ذلك.

قال: ولا تجوزُ الكفالةُ بمالِ الكتابةِ (٢حرٌّ تكفَّل بها أو عبدٌ٢).

وقد بيَّنَّا ذلك فيما تقدَّم.

قال: وإذا ماتَ الرجلُ وعليه ديونٌ، ولم يَترُكْ شيئًا، فتكفَّلَ رجلٌ عنه للغُرماءِ لم تَصِحَّ الكفالةُ.

عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: تَصِحُّ[٣]. وبه قال الشافعيُّ[٤].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ هذا الدَّينَ أنقصُ مِن مالِ الكتابةِ، بدليلِ أنَّه ليس بمُتعلِّقٍ بعينٍ[٥] ولا ذِمَّةٍ، فإذا لم تَجُزِ الكفالةُ بمالِ الكتابة، فهذا أَوْلَى، ولأنَّ المُطالبةَ سقَطَتْ بهذا الدَّينِ على التَّأْبيدِ، فوجَب أنْ لا يَصِحَّ ضمانُه، كما لو أبرَأه صاحبُ الدَّينِ.

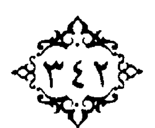
(١-١) ليس في (أ٢، ي).

(٢) في (ي): «حرًّا تكفل بها أو عبدًا».

(٣) ينظر: «الهداية» (٣/ ٩٣)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣١٦)، و«العناية» (٧/ ٢٠٤).

(٤) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٤٦٦)، و«المجموع» (١٤/ ٨).

(٥) ليس في (أ٢، وفي (ي): «بدين».



وجهُ قولِهما: حديثُ أبي قتادةَ[1].

والجواب: أنَّه لا دليلَ فيه؛ لأنَّ عندَنا يَسقُطُ الدَّينُ في أحكامِ الدنيا لسقوطِ المطالبةِ به ولعدمِ مَحِلِّه، وهو باقٍ في أحكامِ الآخرةِ، والعقوبةُ تلحَقُه بالتَّفْريطِ الذي كان منه، فلم يَكُنْ في الخبرِ دليلٌ.

فإن قيل: سُقُوطُ الدَّينِ مُراعًى لجوازِ أنْ يظهرَ له مالٌ في الثاني فيَقضِي منه، (٢فهذا دَيْنٌ لم يُحكَمْ بِسُقوطِه، وذِمَّةُ الكفيلِ يُمكِنُ الاستيفاءُ منها٢)، فصَحَّتِ الكفالةُ، فلم يُؤَثِّرْ عدمُ المالِ في ابتدائِها، كما لا يُؤَثِّرُ في بقائِها.

والجوابُ: أنَّا لا نُسَلِّمُ أنَّه[3] إذا لم يَكُنْ له مالٌ أنَّ سُقُوطَ الدَّينِ مُراعًى، بل قد سَقَطتِ المطالبةُ به رَأْسًا، فأمَّا إذا ظهَر له مالٌ فهذا رجلٌ ماتَ، وقد ترَك مالًا إلا أنَّا لا نعلَمُه، وليس الخلافُ في ذلك.

وقد قال **أصحابُنا**: كلُّ مَن لا يَصِحُّ تبرُّعُه لا تَصِحُّ كفالتُه؛ (٤لأنَّ الكفالةَ عقدُ تَبرُّعٍ، فيَصِحُّ ممَّن يَصِحُّ تَبرُّعُه٤)، فعلى هذا لا تَصِحُّ كفالةُ الصبيِّ المحجورِ عليه، كما لا يَصِحُّ قرضُه[5].

فأمَّا كفالةُ العبدِ المحجورِ عليه، فإنَّه لا يُطالَبُ (٦بحُكْمِها في الحالِ٦)،

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢-٢) ليس في (أ٢، ي).

(٣) في (ي): «لأنه».

(٤-٤) ما بين القوسين ليس في (غ).

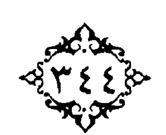
(٥) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٦٢)، و«فتاوى قاضي خان» (٣/ ٣٥، ٣٤).

(٦-٦) في (ي): «بحملها في الخلاء».

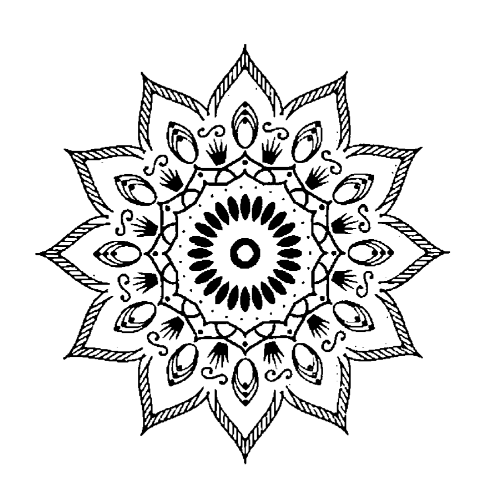


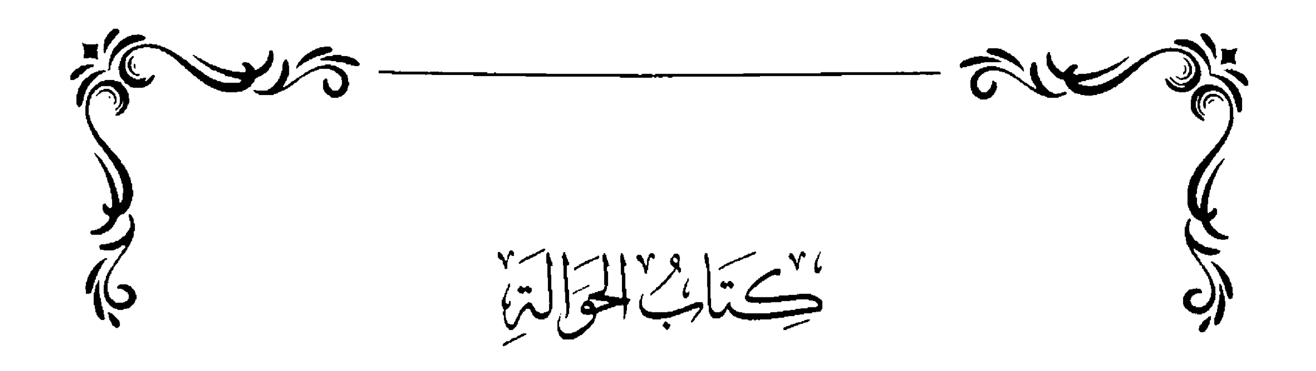
ويُطالَبُ بذلك بعدَ العتقِ، فأمَّا إذا أذِن له مَوْلاه صَحَّتْ كفالتُه وبِيعَتْ رقبتُه في الدَّينِ؛ لأنَّ المَوْلى يملِكُ أن يُعَلِّقَ الدَّينَ برقبةِ عبدِه، وتكونُ كفالةُ المريضِ مِن الثُّلُثِ، كما أن تبرُّعَه مِن الثُّلُثِ، والمُكاتَبُ لا تَصِحُّ كفالتُه، كما لا يَصِحُّ تبرُّعُه.

والله أعلم



كِتَابُ الحَوَالَةِ





كتاب الحوالة

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الحَوالةُ جائزةٌ بالديونِ.

أمَّا الدليلُ على جوازِها: فقولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن أُحِيلَ على مَلِيءٍ فليَتْبَعْ»[1]. ولأنَّه عقدُ ضمانٍ فكان جائزًا كالكفالةِ.

وأمَّا قولُه: بالديون. فصحيحٌ؛ لأنَّ الحوالةَ مأخوذةٌ مِن التحويلِ، وتحويلُ الدَّينِ [2]مِن ذِمَّةٍ[2] إلى ذِمَّةٍ ممكنٌ، فأمَّا الأعيانُ فالحقُّ المُتعَلِّقُ بها هو التَّسليمُ؛ وذلك لا يُمكِنُ تحويلُه[3] إلى غيرِه، فلهذا لم تَصِحَّ الحوالةُ فيها وصَحَّتْ في الديونِ[4].

قال: وتَصِحُّ بِرِضا المُحِيلِ والمُحْتالِ والمُحالِ عليه[5].

(١) هو جزء من حديث: «مطل الغني ظلم». وقد تقدَّم تخريجه.

(٢-٢) ليس في (ج).

(٣) في (ج، غ، ل): «تسليمه».

(٤) قال في حاشية (ح): «وتحقيقه أن الدين يثبت بالوصف، كما إذا قال لفلان: عليَّ ألف. لجاز أن يقبل النقل بالوصف أيضًا، ولا يقال: الدَّين وصف ثابت في الذِّمة. وهو عرض، فكيف يقبل النقل؟ لأنا نقول: الأحكام الشرعية لها حكم الجواهر؛ لأن الشرع يحكم ببقائها بعد اليأس، ولأن العين لا يثبت في الذمة، فلا ينافي مثلها من ذمة إلى ذمة، فلم تصح الحوالة بها. غاية البيان».

(٥) المحيل: من عليه الدَّين إذا حوّل ذلك الدَّين إلى ذمّة غيره.

والمحتال: صاحب الدَّين، ولا يقال المحتال له؛ لأنّه لا حاجة إلى هذه الصّلة وإن كان =

أمَّا اعتبارُ رِضا المُحْتالِ، فلأنَّ حقَّه ثابتٌ في ذِمَّةِ المُحيلِ، فلا يجوزُ نقلُه إلى ذِمَّةٍ أُخرَى مع اختلافِ الذِّمَمِ[1] إلا برِضاه.

الدليلُ عليه: [2]إذا كان حقُّه مُتعلِّقًا بعينٍ[2] أنَّه لا يجوزُ نقلُه إلى عينٍ أُخرَى إلا برِضاه؛ كذلك هذا، ولهذا المعنى أيضًا يُعتبَرُ رضا المُحيلِ؛ فأمَّا اعتبارُ رِضا المُحالِ عليه فهو شرطٌ عندَنا.

وقال الشافعيُّ: إن كان على المحالِ عليه دَينٌ فرِضاه ليس بشرطٍ[3].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنَّ المحيلَ يريدُ إثباتَ الدَّينِ في ذِمَّةِ المحالِ عليه، فلا يجوزُ إلا برِضاه كما لو لم يَكُنْ عليه دَينٌ.

فإن قيل: لصاحبِ الحقِّ أنْ يَستوفيَه بنفسِه، وأنْ يَسْتوفيَه بغيرِه كما يَسْتوفِيهِ بوكيلِه؛ كذلك هاهنا له أن يَسْتوفِيَه بنفسِه وبالمحتالِ.

قيل له: إذا وكّل فحَقُّ القبضِ ثابتٌ له، والذي عليه الدَّينُ بالخيارِ؛ إن شاءَ سَلَّم الحقَّ إلى المُوكّلِ وإن شاء سَلَّم إلى الوكيلِ، فلم يَتَغيَّرْ مُوجِبُ المطالبةِ التي اقْتَضاها المُدَاينةُ إلا باختيارِ مَن عليه الدَّينُ أن يُسلِّمَ إلى الوكيلِ، وليس

يتكلّم به المتفقّهة المحال.

والمحال عليه، والمحتال عليه: كلاهما اسم من قبل الحوالة فصار من عليه الدَّين يسمّى محالًا عليه بفعل من عليه الدَّين وهو الإحالة، ومحتالًا عليه، وبفعل صاحب الدَّين وهو الاحتيال، فهو مفعول الفعلين جميعًا. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص٢٨٨).

(١) في (ي): «أيديهم».

(٢-٢) في (أ٢): «حقه متعلقًا بعين»، وفي(ي): «حقه متعلّق بغير».

(٣) ينظر: «نهاية المطلب» (٦/ ٥١٢)، و«فتح العزيز بشرح الوجيز» (١٠/ ٣٣٧).

كذلك الحوالةُ؛ لأنَّ مُقْتَضى المُدايَنةِ يَتغيَّرُ ويَنْتقِلُ المِلْكُ في الدَّينِ إلى المُحتالِ، ويَثبُتُ له المطالبةُ خاصةً، وقد يكونُ أصعبَ اقتضاءٍ مِن صاحبِ الحقِّ، فيَسْتضِرُّ المَدِينُ[1] فلذلك لم يَجُزْ.

قال: وإذا تمَّتِ[2] الحوالةُ برِئَ المُحِيلُ [4]مِن الدَّينِ، ولم يَرجِعِ المحتالُ على المحيلِ؛ إلَّا أن يَتْوَى[3] حقُّه.

وقال زفرُ: لا يَبرَأُ المحيلُ[4].

وجهُ قولِهم: أنَّ الحوالةَ مأخوذةٌ مِن التحويلِ؛ وذلك لا يكونُ مع بقاءِ الدَّينِ في الذِّمَّةِ الأُولَى.

وجهُ قولِ زفرَ: أنَّه عقدُ ضمانٍ، فلا يُوجِبُ براءةَ المضمونِ عنه أصلُه الكفالةُ؛ وإنما يَثبُتُ له الرُّجوعُ عندَ التَّوَى، فلأنَّه نقلُ الحقِّ مِن الذِّمَّةِ إلى غيرِها، فإذا لم يُسَلِّمْ له كان له الرُّجوعُ بما في الذِّمَّةِ، أصلُه إذا اشتَرى بالدَّينِ ثوبًا، فهلَك قبلَ القبضِ.

قال: والتَّوَى عندَ أبي حنيفةَ أحدُ أمرَيْن: إمَّا أن يَجْحَدَ الحوالةَ ويحلِفَ ولا بيِّنَةَ عليه، أو يموتَ مُفْلِسًا.

---

(١) في (س): «الدَّين».

(٢) في (أ٢، ي): «ثبت».

(٣) أي: يهلك من توي المال إذا هلك وذهب. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص٢٨٨)، و«المغرب» (١/ ١١٠).

(٤-٤) ليس في (أ٢، ي). وينظر: «الهداية» (٣/ ٩٩)، و«الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ٤).



وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: ووجهٌ ثالثٌ أنْ يَحكُمَ الحاكمُ بِفَلَسِه[1] حالَ حياتِه.

أمَّا إذا جحَدَ المحالُ عليه الحوالةَ وحلَفَ فقد تَوَى الحقَّ؛ ألَا تَرَى أنَّه لا يَقدِرُ على المطالبةِ به بعدَ اليمينِ مع عدمِ البيِّنةِ؛ وكذلك إذا ماتَ مُفلِسًا؛ لأنَّه ليس هناكَ ذِمَّةٌ يتعلَّقُ بها حقُّه ولا تَرِكةٌ، وإذا لم يَبْقَ للدَّينِ محِلٌّ يَثبُتُ فيه سقَطَ، فلهذا كان له الرُّجوعُ.

وأمَّا إذا فَلَّسَه الحاكمُ حالَ حياتِه، فهو مبنيٌّ على اختلافِهم في جوازِ الحكمِ بالفَلَسِ؛ فعندَ أبي حنيفةَ الفَلَسُ لا يُقْضَي[2] به، ولا تُغَيَّرُ الذِّمَّةُ عمَّا كانَتْ عليه، فبقِي [3]الحقُّ على ما كان[3] عليه.

وعندَهما: أنَّه يُقْضَى بالفَلَسِ، وتصيرُ الذِّمَّةُ مُعيَّنةً[4]، فيَثبُتُ له الرُّجوعُ لذلك.

وقد قال الشافعيُّ: لا يَرجِعُ المحتالُ بدَيْنِه عندَ التَّوَى[5]. فإنْ أحالَه عليه بشرطِ المَلَاءةِ، فبانَ أنَّه غيرُ مَلِيءٍ، ففيه وجهانِ: الصَّحيحُ أنَّه يرجِعُ.

دليلُنا: ما روِي عن عثمانَ بنِ عفَّانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّه قال في الحوالةِ: «إذا ماتَ المُحالُ عليه مُفْلِسًا عادَ الدَّينُ إلى ذِمَّةِ المُحِيلِ [لا تَوًى على مالِ مسلمٍ»[6].

---

(١) في (ع): «بإفلاسه». وينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١٨)، و«الهداية» (٣/ ١٠٠).

(٢) في (س، ق، ي): «يقتضي».

(٣-٣) في (أ٢): «فيبقى الحوالة على ما كان عليه»، وفي (ق، ي): «فبقي الحوالة على ما كانت».

(٤) في (ي): «مقضية».

(٥) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٤٢١)، و«البيان» (٦/ ٢٨٩).

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١١١٥)، وابن المنذر (٨٣٧٤)، والبيهقي (٦/ ٧١) من طريق خليد ابن جعفر، عن أبي إياس معاوية بن قرة، عن عثمان به. قال ابن المنذر: «روي هذا القول =



وذكَر محمدٌ في «الأصلِ» عن شُرَيحٍ مثلَ ذلك[1]، ولا يُعرَفُ لهما[2] مُخالِفٌ][3]؛ ولأنَّه نقَل دَيْنَه مِن الذِّمَّةِ إلى غيرِها، فوجَب أن يكونَ له العَوْدُ في المطالبةِ بالتَّوَى، كما لو اشتَرى به عَيْنًا فهَلَكتْ قبلَ القبضِ.

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «مَطْلُ الغنيِّ ظلمٌ، وإذا أُحِيلَ أحدُكم على مَلِيءٍ فليَتْبَعْ»[4]. وهذا يَقْتضِي الإتباعَ أبدًا[5].

قيل له: إنَّ[6] النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ علَّقَ الإتباعَ بشرطِ المَلَاءةِ[7]، والحُكْمُ إذا عُلِّقَ بشرطٍ زالَ بزَوَالِه عندَهم، فاقْتَضَى دليلُ الشَّرطِ سُقُوطَ الإتْباعِ بالفَلَسِ.

فإن قيل: سببٌ تَسْقُطُ به المُطالَبةُ بالدَّيْنِ، ويُبدِلُه عن[8] مَلِيءٍ مُكلَّفٍ، فوجَب أنْ لا يَرجِعَ به بعدَ ذلك، كما لو أبرَأه وقَبِلَ البراءةَ.

عن عثمان بن عفان، وليس يثبت ذلك عنه؛ لأن معاوية بن قرة لم يلقه، وخليد زعم بعضهم أنه لا يعرف».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٣): «لا تَوًى على مالِ مسلمٍ: أي لا ضياع ولا خسارة، وهو من التّوى: الفساد، وقال في المغرب: توي المال: هلك وذهب تويً، فهو تَوٍ وتَاوٍ، ومنه: لا توى على مال مسلم. وتفسيره في حديث عمر، في المحال عليه يموت مفلسًا، قال: يعود الدين إلى ذمة المحيل». ينظر: «المغرب» (١/ ١١٠).

(١) ينظر: «الأصل» (١٠/ ٤٤٥).

(٢) ليس في: (أ٢، س)، وفي (ض، ق): «له».

(٣) ما بين المعقوفين ليس في (ي). وينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ١٨).

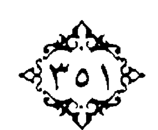
(٤) تقدَّم تخريجه.

(٥) في (ج،غ، ل): «ابتداء».

(٦) من (س).

(٧) في (ي): «المال».

(٨) في (ر، س، ق): «على».



قيل له: هناك قد أُسقِطَ حقُّه مِن غيرِ عِوَضٍ، فإذا تمَّ الإسقاطُ ولا حقَّ لغيرِه فيه لم يَعُدِ الدَّينُ، وفي مسألتِنا أَسْقَط حقَّه بعِوَضٍ ابْتَغاه، فإذا لم يُسَلَّمْ له رجَع في الدَّيْنِ، أصلُه إذا أَخَذ به عَيْنًا فلم يُسَلَّمْ له.

قال: وإذا طالَب المُحالُ عليه المُحِيلَ[1] بمثلِ مالِ الحوالةِ، فقال المُحِيلُ: أَحَلتُ بدَيْنٍ لي عليك. لم يُقبَلْ قولُه وكان عليه مثلُ الدَّيْنِ.

وذلك لأنَّ المُحالَ عليه لمَّا قبِل الحوالةَ وجَب له في الظاهرِ مثلُها على المُحِيل، [2]فإذا ادَّعَى المُحِيلُ[2] أنَّه كان له[3] عليه مثلُه فقد ادَّعَى خلافَ الظاهرِ، والأصلُ براءةُ ذِمَّةِ المُحالِ عليه، فلا يُقبَلُ قولُه إلا ببَيِّنةٍ.

قال: وإن طالَب المُحِيلُ المُحْتالَ بما أحالَه به، وقال: إنَّما أَحَلتُك لتَقْبِضَه لي. وقال المُحْتالُ: بل أَحَلْتَني بدَيْنٍ لي عليك. فالقولُ قولُ المُحِيلِ.

وذلك لأنَّه قد يُحِيلُه بدَيْنٍ عليه، وقد يُحِيلُه ليَسْتوفيَ له المالَ، فلم يَكُنْ في الحوالةِ ما يُوجِبُ استحقاقَ المالِ، فلم يَجُزْ إثباتُ الاستحقاقِ بالشَّكِّ.

قال: ويُكرَهُ السَّفَاتِجُ؛ وهو قرضٌ استفادَ فيه [4]المُقْرِضُ أمنَ[4] خطرِ الطريقِ.

وذلك لِما روِي عن النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنَّه نهَى عن قرضٍ جرَّ[5] مَنْفعةً»[6]؛

(١) من (ق، ي). (٢-٢) ليس في (ي).

(٣) من (س).

(٤-٤) من (ج، ي)، والعبارة في (ج): «المقرض سقوط».

(٥) في (أ٢، ي): «فيه».

(٦) أخرجه أبو الجهم الباهلي في «جزئه» (٩٢)، والحارث بن أبي أسامة (٤٣٧-بغية) من طريق =



ولأنَّه تمليكُ دراهمَ بدراهمَ، فإذا شرَط أن يَدفَعَ في بلدٍ آخرَ صار في حُكْمِ[1] التأجيلِ، والتأجيلُ في الأعيانِ لا يَصِحُّ، وهذا هو القياسُ إذا لم يُشرَطِ الدَّفعُ في بلدٍ آخرَ، إلا أنَّهم اسْتَحسَنوا فقالوا: لا يُكرَهُ؛ لأنَّ المردودَ في القرضِ جُعِل كالمقبوضِ ابتداءً، فصار بمنزلةِ الأعيانِ، ودخولُ الأجلِ في الأعيانِ لا يَصِحُّ، فلم يَكُنْ ذلك تأجيلًا[2]، فكذلك لم يُكرَهْ.

وقد قالوا: لو أحالَ رجلٌ رجلًا بمالٍ، ثُمَّ إنَّ المُحِيلَ نقَد المالَ الذي أحالَه به جاز، ولم يَكُنْ مُتبرِّعًا فيما نقَد مِن ذلك، وذلك لأنَّ الدَّينَ ثابتٌ[3] في ذِمَّةِ المُحِيلِ عندَنا مِن طريقِ الحكمِ، وإنْ برِئَ[4] في الظاهرِ؛ ألَا ترى أن الرُّجوعَ مُترَقَّبٌ فهو بالقضاءِ؟ يَقصِدُ أن يُسقِطَ عن نفسِه حقَّ الرجوعِ، فلم يَكُنْ بذلك مُتبرِّعًا كالوارثِ إذا قضَى دَيْنَ الميتِ، وليس كذلك الأجنبيُّ إذا أدَّى المالَ؛ لأنَّه لا يُسقِطُ عن نفسِه حقًّا بالأداءِ، فكان مُتبرِّعًا.

قالوا: فإنْ كان الذي عليه المالُ أحالَ صاحبَ المالِ على رجلٍ له عليه ألفُ درهمٍ حوالةً مُطلَقةً، ولم يَقُلْ: أَحَلتُه عليك مما لي عليك. أو: على أنْ تُعْطِيَه ما

سوار بن مصعب، عن عمارة الهمداني، عن علي، قال: قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كل قرض جر منفعة فهو ربا». قال عبد الحق في «الأحكام الوسطى» (٣/ ٢٧٨): «في إسناده سوار بن مصعب وهو متروك». ينظر: «تنقيح التحقيق» (٤/ ١٠٨)، و«نصب الراية» (٤/ ٦٠)، و«البدر المنير» (٦/ ٦٢١، ٦٢٢)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٣٤).

(١) في (ي): «معنى».

(٢) في (ي): «باختلاف».

(٣) من (س).

(٤) في (ج، ق): «توى»، وفي (غ، ل): «يؤدي».



لي عليك. فقَبِل، فعلى المحالِ عليه ألفانِ؛ ألفُ المحيلِ وألفُ المحتالِ، ولكلِّ واحدٍ منهما أن يُطالِبَ بألفٍ؛ لأنَّ صِحَّةَ الحوالةِ لا تَقِفُ على ثُبُوتِ مالِ المحالِ عليه، فلم تَتعَلَّقِ الحوالةُ بنفسِ الدَّينِ؛ لأنَّه لم يُعَلِّقْها به[1]، وإنما تَعلَّقتْ بذِمَّتِه فبقِي الدَّينُ بحالِه، وصار كما لو أحالَه عليه بألفٍ وفي يدِه ألفٌ وديعةً، فإنَّ الحوالةَ لا تَتعَلَّقُ بها وله مُطالبتُه بها، كذلك إذا كان عليه دَينٌ.

قالوا[2]: وإذا أدَّى المحالُ عليه المالَ، أو وهَبه له المحتالُ[3]، أو تصدَّق به عليه، أو ماتَ، فورِثه المحالُ عليه رجَع في جميعِ ذلك على المحيلِ، وذلك لأنَّه ملَك ما في ذِمَّتِه بهذه الأسبابِ، فإذا ثبَت له الرجوعُ في الأداءِ، فكذلك في جميعِ الأسبابِ التي يَملِكُ بها، ولو أبرَأ المحتالُ المحالَ عليه مِن المالِ برِئ، ولا يَرجِعُ على المحيلِ؛ لأنَّ البراءةَ إسقاطٌ وليس بتمليكٍ، ومتى لم يَملِكْ ما في ذِمَّتِه لم يَرجِعْ.

والله أعلم

---

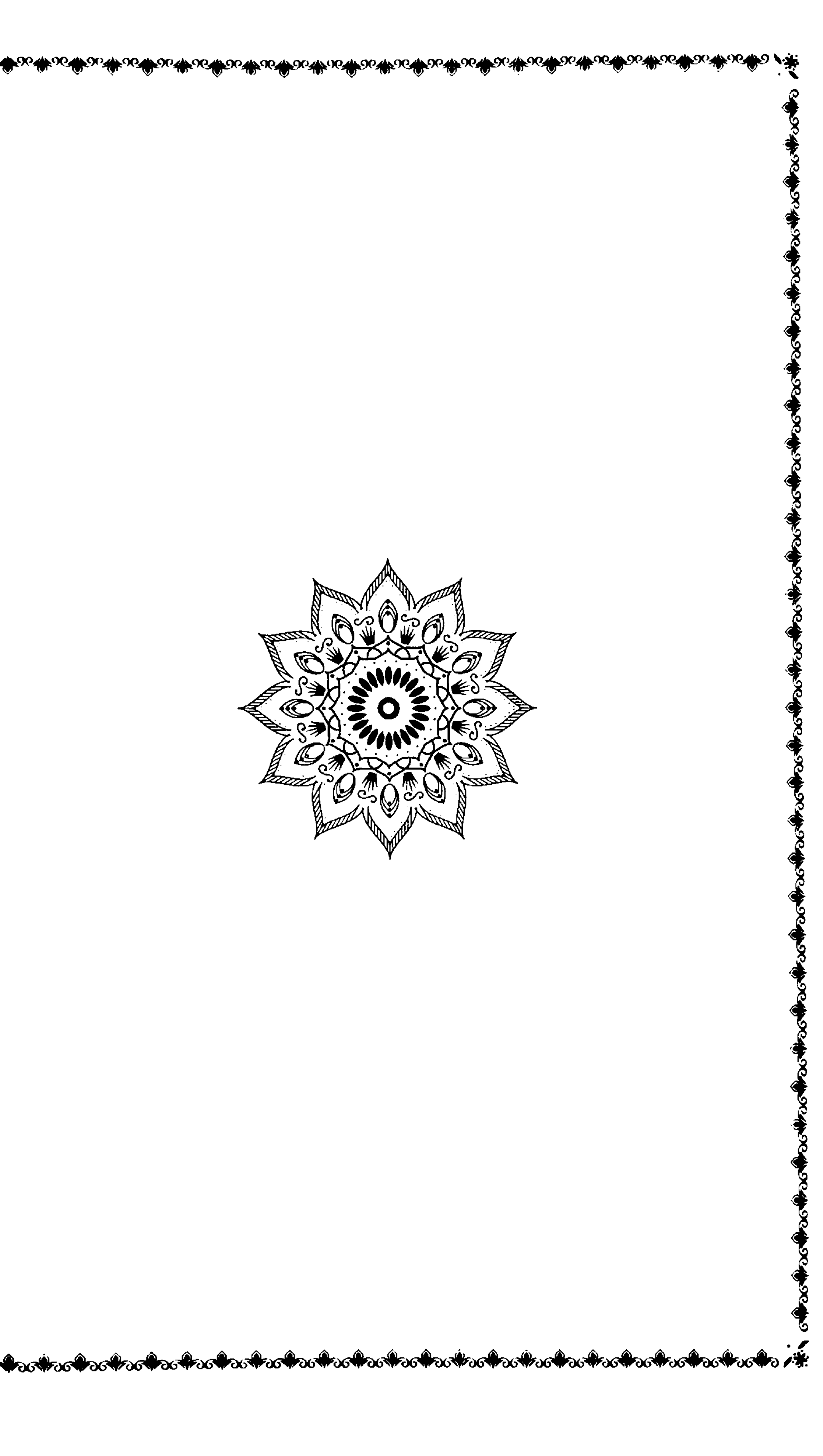
(١) في (ي): «بدين».

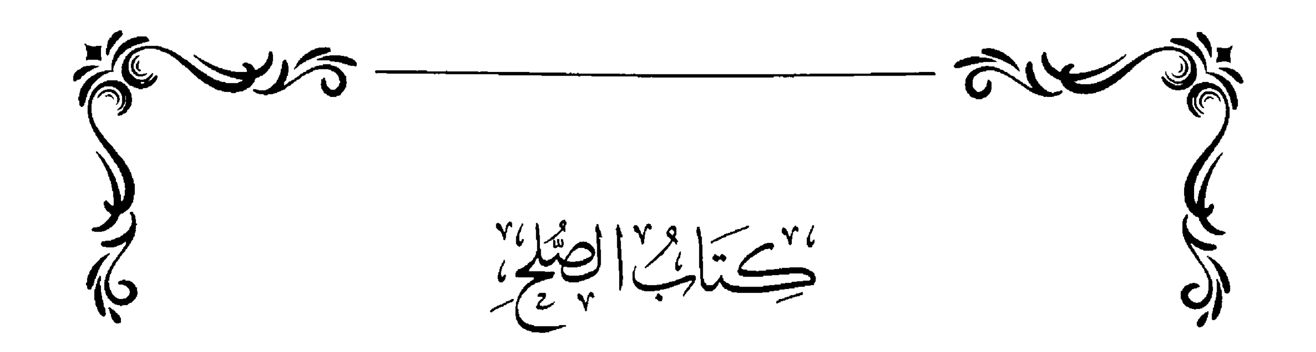
(٢) في (ج، غ، ل): «قال».

(٣) في (ي): «المحال».



كِتَابُ الصُّلْحِ





كتاب الصُّلح

الأصلُ في جوازِ الصُّلحِ قولُه تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَآ أَن يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا صُلْحًاۚ وَٱلصُّلْحُ خَيْرٌۗ﴾ [النساء: ١٢٨] وهو عامٌّ.

وعن النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «الصُّلْحُ جائزٌ بينَ المسلمين إلا صُلحًا أَحَلَّ[1] حرامًا، أو حَرَّم حلالًا»[2]. وعن عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ، أنه قال: «رُدُّوا[3] الخصومَ كي يَصْطَلِحوا؛ فإنَّ فصلَ القضاءِ بينَهم يُوْرِثُ الضَّغائنَ»[4].

قال رَحِمَهُ اللهُ: الصُّلحُ على ثلاثةِ أَضْرُبٍ؛ صُلْحٌ مع إقرارٍ، وصُلْحٌ مع سُكُوتٍ، وهو أنْ لا يُقِرَّ المُدَّعَى عليه ولا يُنْكِرَ، وصُلْحٌ مع إنكارٍ، وكلُّ ذلك جائزٌ.

---

(١) في (ي): «حلل».

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٩٤) من حديث أبي هريرة. قال ابن كثير في «إرشاد الفقيه» (٢/ ٥٤): «رواه أبو داود بإسناد حسن».

وأخرجه الترمذي (١٣٥٢)، وابن ماجه (٢٣٥٣) من طريق كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف، عن أبيه، عن جده. قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح». وقال البيهقي (٦/ ٦٥): «ورواية كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني إذا انضمت إلى ما قبلها قَوِيَتا». ينظر: «نصب الراية» (٤/ ١١٢).

(٣) في (ج، س، ض، ق، ي): «ردّدوا».

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٥٣٠٤)، وابن أبي شيبة (٢٣٣٤٩)، وابن المنذر (٦٥١١)، والبيهقي (٦/ ٦٦). قال البيهقي: «هذه الروايات عن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ منقطعة».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٤): «الضغائن: جمع ضغن وضغينة: الحقد والعداوة والبغضاء».



أمَّا جوازُ الصُّلحِ مع الإقرارِ؛ فللظَّواهرِ التي قَدَّمْناها، وهو إجماعٌ لا خلافَ فيه[1]، ولأنه يُسقِطُ به بعضَ حقِّه ويَسْتوفِي بعضَه، وذلك جائزٌ.

وأمَّا جوازُه مع السُّكوتِ والإنكارِ، خلافَ ما يقولُه الشافعيُّ: إنَّه لا يجوزُ[2]. فللظَّواهرِ التي قَدَّمْناها أيضًا، ولأنه صُلْحٌ عن مالٍ لم يُحكَمْ ببُطْلانِه في الظَّاهرِ، فصار كالصُّلحِ عن المالِ المُقَرِّ به.

فإن قيل: المُدَّعَى عليه[3] عاوَض على ما لم يَثبُتْ له، فوجَب أن لا يَملِكَ عِوَضَه، أصلُه إذا باع مِلْكَ غيرِه.

قيل له: المُدَّعِي بعِوَضٍ عمَّا يجوزُ أن يكونَ له، وهذا المعنى يَقْتضِي أن يَملِكَ عِوَضَه في الظاهرِ، كمَن باعَ شيئًا في يدِه مَلَكَ في الظاهرِ عِوَضَه؛ لأنه يجوزُ أن يَملِكَه.

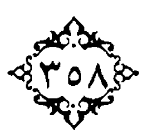
ولأنَّ حقَّ المُدَّعِي، وإن لم يَثبُتْ فقد وجَب بالدَّعْوى حقٌّ على خَصْمِه، فجاز أن يُسقِطَ عن نفسِه ذلك الحقَّ بعِوَضٍ، إذا كان المُدَّعِي يجوزُ أخْذُ العِوَضِ عنه، والمعنى فيمَن باعَ مِلْكَ غيرِه أنَّ المشتريَ لم يَسْتحِقَّ بهذا العقدِ شيئًا، فلا يَملِكُ عليه عِوَضَه، وفي مسألتِنا اسْتَحقَّ بصِحَّةِ هذا العقدِ عِوَضَه[4] قطعَ الخصومةِ، فجاز أن يُسْتحَقَّ عليه عِوَضٌ.

(١) ينظر: «المبسوط» (٢/ ١٣٤)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٤٠)، و«بداية المجتهد» (٢/ ٢١٨)، و«جواهر الإكليل» (٣/ ١٠٣)، و«المغني» (٤/ ٣٥٧).

(٢) ينظر: «حلية العلماء» (٥/ ٧، ٨)، و«المهذب» (١/ ٣٤٠)، و«كفاية النبيه» (١٠/ ٦٦).

(٣) من (س).

(٤) من (ع).



وقد قال أبو حنيفةَ: أَجْوَزُ ما يكونُ الصُّلحُ على الإنكارِ[1].

وهذا الذي ذكره صحيحٌ؛ لأنَّ الصُّلحَ مع الإقرارِ بالبيعِ أشبهُ، وأحكامُه أحكامُ البيعِ، وانفرادُ العقدِ باسمٍ يَقْتَضِي انفرادَه بحُكْمٍ، وما ذلك الحُكْمُ إلا جوازُ هذا العقدِ مع الإنكارِ حتى يُخالِفَ البيعَ.

قال: فإنْ وقَع الصُّلْحُ عن إقرارٍ اعْتُبِرَ فيه ما يُعْتَبرُ في البِيَاعاتِ إن وقَع عن مالٍ بمالٍ.

وذلك لأنَّ المُدَّعَى عليه يُعطِي ذلك عِوَضًا عمَّا أقَرَّ به، وهذا معنى البيعِ، فوجَب اعتبارُه بالبِيَاعاتِ في الأحكامِ.

قال: وإنْ وقَع عن مالٍ بمنافعَ فيُعْتَبَرُ بالإجاراتِ.

لأنَّه جعَل المنافعَ عِوَضًا عن المالِ الذي أقرَّ به، وهذا معنى الإجارةِ، فاعْتُبِرَ بها فيما يجوزُ مِن ذلك وما لا يجوزُ، والأصلُ في هذا أنَّ الصُّلحَ يجِبُ حملُه على أقربِ العقودِ إليه وأَشْبَهِها به؛ لأنَّ أمورَ المسلمين محمولةٌ على الصِّحَّةِ والسَّلامةِ ما أمكَن، فما وُجِد له وجهٌ في الصِّحَّةِ فحَمْلُه عليه أَوْلَى.

قال: والصُّلحُ على السُّكوتِ والإنكارِ في حقِّ المُدَّعَى عليه لافتداءِ[2] اليمينِ وقطعِ الخصومةِ، وفي حقِّ المُدَّعِي بمعنى المعاوضةِ.

---

(1) ينظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (ص٤٣)، و«المبسوط» (٢٠/ ١٣٩)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٤٠).

(2) في (ي): «لا يفيد».



وذلك لأنَّ المُدَّعِي يزعُمُ أنَّه مُحِقٌّ في دَعْواه، وأنَّ الذي أخَذه (٢) إنَّما هو عِوَضٌ عما يَسْتحِقُّه، ولولا ذلك لم يَصِحَّ له الأخذُ؛ (١) لأنَّه لا وجهَ له إلا ذلك، وإذا كان كذلك وجَب أن نَتعامَلَ (١) حينئذٍ (٢) بما يَقْتضِيه إقرارُه، فأمَّا المُدَّعَى عليه، ففي زَعْمِه أنَّ المُدَّعِيَ مُبطِلٌ في دَعْواه، وإنما دَفَع إليه ما دَفَع مِن المالِ ليُسقِطَ عن نفسِه الخصومةَ، فوجَب أنْ يُعامَلَ بما اقْتَضاه إقرارُه.

وليس يمتنِعُ أن تختلِفَ أحكامُ العقودِ في حَقِّهما، كما اختَلفتْ أحكامُ الإقالةِ بينَ المُتعاقِدَيْن وبينَ غيرِهما، وهذا ظاهرٌ في الصُّلحِ مع الإنكارِ. فأمَّا مع السُّكوتِ، فيَحْتمِلُ أن يكونَ السَّاكِتُ جاحِدًا، ويحتمِلُ أنْ يكونَ مُقِرًّا في الباطنِ، فلا يُجعَلُ عوضًا عن المُدَّعِي بالشَّكِّ.

قال: وإذا صالَح عن دارٍ لم تَجِبْ فيها الشُّفعةُ.

يعني: إذا صالَح مع الإنكارِ والسُّكوتِ، وذلك لأنَّ الذي في يدِه الدارُ يَزعُمُ أنَّه لم يَملِكْها بالصُّلحِ؛ وإنما دفَع المالَ افتداءً ليمينِه، ولا يُصَدَّقُ عليه المُدَّعِي مِن غيرِ بيِّنَةٍ، فلذلك لم تَجِبِ الشُّفعةُ.

قال: وإذا صالَح على دارٍ وَجبتْ فيها الشُّفعةُ.

وذلك لأنَّ الذي في يدِه الدارُ يَزعُمُ أنَّه ملَكها بعِوَضٍ، فكأنَّه قال: اشتَريتُها منه وجَحَده. فتَجِبُ فيها الشُّفعةُ.

(١-١) ليس في (ي).

(٢-٢) ما بين القوسين في (ج): «يعامل في جنبه».



قال: وإذا كان الصُّلحُ عن إقرارٍ، فاسْتُحِقَّ بعضُ المصالحِ عنه رجَع المُدَّعَى عليه بحِصَّةِ ذلك مِن العِوَضِ.

وذلك لِما بَيَّنَّا أنَّ حُكْمَ الصُّلحِ مع الإقرارِ حُكْمُ البيعِ[1]، ولو اسْتَحَقَّ بعضَ المبيعِ رجَع بحِصَّتِه مِن العِوَضِ، كذلك هذا.

قال: وإن وقَع الصُّلحُ عن إنكارٍ أو سُكُوتٍ، فاسْتُحِقَّ المتنازعُ فيه [2]رجَع المُدَّعِي بالخصومةِ، و[2] رَدَّ العِوَضَ.

وذلك لأنَّ في زعمِ المُدَّعَى عليه أنَّه دفَع المالَ ليُسقِطَ الخصومةَ عن نفسِه، ويَدفَعَ اليمينَ[3]، فلمَّا اسْتُحِقَّتِ الدارُ تَبَيَّنَّا أنَّه لم يَكُنْ للمُدَّعِي حقُّ الخصومةِ ولا الاستخلافُ، فقد أخَذ العِوَضَ عن غيرِ شيءٍ، فلزِمَه رَدُّه.

قال: وإنِ استُحِقَّ بعضُ ذلك رَدَّ حِصَّتَه.

وذلك لأنَّه لو استُحِقَّ جميعُ ذلك رَدَّ جميعَ العِوَضِ، فإذا استُحِقَّ البعضُ رَدَّ حِصَّته، كما لو استَحَقَّ بعضَ المبيعِ لزِمه حِصَّتُه مِن العِوَضِ، كذلك هذا.

قال: وإنِ ادَّعَى حقًّا في دارٍ لم يُبَيِّنْه فصُولِحَ مِن ذلك، ثُمَّ استُحِقَّ بعضُ الدارِ لم يَرُدَّ شيئًا مِن العِوَضِ؛ لأنَّ دَعْواه يجوزُ أن تكونَ فيما بقِي.

يُبَيِّنُ ذلك أنَّه يجوزُ أن يقولَ: إنما ادَّعَيتُ ما بقِي، ولسْتُ[4] أدَّعِي أكثرَ مِن

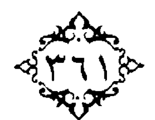
---

(١) في (س): «المبيع».

(٢-٢) من (ي).

(٣) في (ي): «الثمن».

(٤) في (أ٢، ي): «ولم».



ذلك. فلا يلزَمُه رَدُّ شيءٍ، ولو استحَقَّ جميعَها رجَع عليه بما أخَذه؛ لأنَّا بيَّنَّا أنَّه أخَذ ما أخَذه عِوَضًا عن غيرِ شيءٍ، فلزِمه رَدُّه.

قال: والصُّلحُ جائزٌ مِن دَعْوى الأموالِ والمنافعِ وجنايةِ العَمْدِ والخطأِ.

أمَّا جوازُه مِن دَعْوى المالِ؛ فلِما روِي: «أنَّ عثمانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ صالَح تُماضِرَ، امرأةَ عبدِ الرحمنِ بنِ عوفٍ، عن رُبُعِ ثمنِها على [(1)] ثمانينَ ألفَ درهمٍ [(1)]»، وكان ذلك بحَضْرةِ الصَّحابةِ مِن غيرِ نكيرٍ، ولأنَّا قد بيَّنَّا أنَّ الصُّلحَ على الأموالِ في معنى البيعِ، فما جازَ بيعُه جاز الصُّلحُ عنه.

وأمَّا المنافعُ، فيجوزُ أخذُ العِوَضِ عنها في العُقُودِ، وكذلك بالصُّلحِ، أصلُه الأعيانُ[(2)].

وأمَّا جنايةُ العمدِ، فيَصِحُّ الصُّلحُ عنها؛ لقولِه تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَٱتِّبَاعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨]. وقال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن قُتِل له [(3)] قتيلٌ فأهلُه [(3)] بينَ خِيرَتَيْنِ؛ إن شاؤُوا قتَلوا، وإن شاؤُوا قادُوْا»[(4)]. ولأنَّ دمَ العمدِ حقٌّ

(١-١) في (س): «ثلاثين ألفًا». والأثر أخرجه سعيد بن منصور (١٩٥٩ - الأعظمي). ينظر: «نصب الراية» (٤/ ١١٢، ١١٣)، و«الدراية» (٢/ ١٨٠، ١٨١).

(٢) في (ع): «الإعتاق».

(٣-٣) في (ي): «قتيل فإنه»، وفي (س): «قتيلًا فأهله»، وفي (ق): «قتيلًا فإنه».

(٤) أخرجه البخاري (١١٢)، ومسلم (١٣٥٥)، وأبو داود (٤٥٠٥)، واللفظ له، والترمذي (١٤٠٥) من حديث أبي هريرة.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٤): «قادوا: أي قتلوا القاتل، من القود، وهو القصاص».



يجوزُ أن يَؤولَ إلى مالٍ، وهو إذا دخَلَته شُبْهةٌ، فجاز الصُّلحُ منه على مالٍ كالرَّدِّ بالعَيْبِ، وأمَّا جنايةُ الخطأِ فالواجبُ فيها المالُ، والصُّلحُ عن الأموالِ جائزٌ.

قال: ولا يجوزُ مِن دَعْوى حَدٍّ.

وذلك لأنَّ الحدَّ[1] حقٌّ للَّهِ تعالى، وحقوقُ اللَّهِ تعالى لا يَصِحُّ الصُّلحُ عنها.

قال: وإذا ادَّعَى رجلٌ على امرأةٍ نِكاحًا وهي تَجحَدُ، فصالَحتْه على مالٍ بَذَلتْه حتى يَترُكَ الدَّعْوَى جاز، وكان في معنى الخُلْعِ.

وهذا على ما بَيَّنَّا أنَّ الصُّلحَ يجِبُ اعتبارُه بأقربِ العقودِ إليه، وأخذُ المالِ عن تركِ[2] البُضعِ هو الخُلعُ، فصار في حقِّ المُدَّعِي في معنى الخُلعِ، وذلك جائزٌ، وفي حقِّها يكونُ ما بَذَلتْه لإسقاطِ الخصومةِ.

ومعنى قولِه: إنَّ ذلك جائزٌ. أنَّه يَنفُذُ في الظاهرِ، فأمَّا فيما بينَه وبَينَ اللَّهِ تعالى، فإنْ كان على خلافِ ما قال لا يَحِلُّ له أخذُه.

قال: وإنِ ادَّعَتِ امرأةٌ نِكاحًا على رجلٍ فصالَحها على مالٍ بذَلَه لها لم يَجُزْ.

وذلك لأنَّه إذا دفَع إليها ليَترُكَ دَعْوى النكاحِ، فليس يَخْلو أن (3 يُجعَلَ تركُها للدَّعْوَى 3) فُرْقةً أو لا يكونُ فُرْقةً، ولا يجوزُ أن نجعلَه فُرْقةً؛ لأنَّ الزوجَ لا يُعطِي العِوَضَ في الفُرْقةِ، وإنْ لم يَكُنْ فُرْقةً، فالحالُ على ما كانَتْ عليه مِن الدَّعْوى، فلا يكونُ ما أخَذَتْه عِوَضًا عن شيءٍ، فلا يجوزُ، ويلزَمُها رَدُّه.

---

(1) في (أ2، ق، ي): «الحدود». (2) في (س): «بذل».

(3-3) في (ي): «يجعلوا بتركها الدعوى».



قال: وإنِ ادَّعَى رجلٌ على رجلٍ أنَّه عبدُه، فصالَحه على مالٍ أَعْطاه جاز، وكان في حقِّ المُدَّعِي في معنى العتقِ(1) على مالٍ.

وذلك لأنَّ في زعمِ المُدَّعِي أنَّه أخَذ المالَ عن إسقاطِ الرِّقِّ، وإسقاطُ الحقِّ عن الرِّقِّ جائزٌ بأخذِ المالِ كالكتابةِ، وفي زعمِ المُدَّعَى عليه أنَّه حرُّ الأصلِ؛ وإنما يُسقِطُ الخصومةَ عن نفسِه بما يُعْطِيه، وذلك جائزٌ.

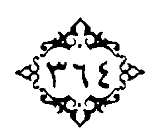
فإنْ أقامَ المُدَّعِي البيِّنةَ، فلا شيءَ له إلا الولاءُ؛ لأنَّ رِضاه بأخذِ العِوَضِ مِن عبدِه عتقٌ على مالٍ فلزِمه، وإن لم يُقِمْ له بيِّنةً فلا (2)ولاءَ له(2)؛ لأنَّه غيرُ مُصدَّقٍ في الدَّعْوى، فلا يَثبُتُ له الولاءُ بمجردِ دَعْواه.

قال: وكلُّ شيءٍ وقَع عليه الصُّلحُ وهو مُسْتحَقٌّ بعقدِ المُداينةِ لم يُحمَلْ على المعاوضةِ، وإنما يُحمَلُ على أنَّه اسْتوفَى بعضَ حقِّه وأسقَط باقِيَه، وهذا مثلُ مَن له على رجلٍ ألفُ درهمٍ، فصالَحه منها على خمسِمئةٍ، وكمَن له على رجلٍ ألفٌ (3)جيادٌ، فصالَحه على خمسِمئةٍ(3) زُيوفٍ جاز، وكأنَّه أبرَأه مِن بعضِ حقِّه.

والأصلُ في هذا أنَّ أُمُورَ المسلمين محمولةٌ على الصِّحَّةِ والسَّلامةِ والجوازِ ما أمكَن، فما وجَدْنا للصُّلحِ الذي دخَلا فيه وجهًا للصِّحَّةِ، فيَجِبُ حملُه عليه، وفي مسألتِنا إذا وقَع الصُّلحُ على ما هو مُسْتحَقٌّ بعقدِ(4) المُداينةِ لا يُمكِنُ حملُه على المعاوضةِ لِما فيه مِن الرِّبا، فيُحمَلُ على أنَّه أسقَط بعضَ حقِّه، وحقُّه في القَدْرِ والجودةِ، فصَحَّ ذلك على هذا الوجهِ.

---

(1) في (ع): «المعتق».
(2) في (ق، ي): «ولاية».
(3-3) ليس في (ي).
(4) في (أ2): «بحق».



قال: ولو صالَحه على ألفٍ مُؤَجَّلةٍ جاز، وكأنَّه أَخَّرَ نفسَ الحقِّ.

لأنَّا لو حمَلْنا على المعاوضةِ لم يَصِحَّ؛ لأنَّه يكونُ بيعَ دراهمَ بمثلِها نَسيئةً[1]؛ وذلك لا يجوزُ، فلا بُدَّ مِن حملِه على التأخيرِ، وذلك جائزٌ.

قال: ولو صالَحه على دنانيرَ إلى شهرٍ لم يَجُزْ.

وذلك لأنَّ الدنانيرَ غيرُ مُستحَقَّةٍ بعقدِ المداينةِ، فلا يُمكِنُ حملُه على تأخيرِ حقِّه، فحُمِل على المعاوضةِ، وبيعُ الدراهمِ بالدنانيرِ نَسَأً لا يجوزُ، فلم يَصِحَّ الصُّلحُ.

قال: ولو كانَتْ له ألفٌ مُؤَجَّلةٌ، فصالَحه على خمسِمئةٍ حَالَّةٍ لم يَجُزْ.

وذلك لأنَّ مَن له دَينٌ مُؤَجَّلٌ لا يَستحِقُّ المُعجَّلَ، فقد وقَع الصُّلحُ على ما لم يَكُنْ مُستَحَقًّا بعقدِ[2] المداينةِ، فصار مُعاوَضةً، وبيعُ خمسِمئةٍ بألفٍ لا يجوزُ.

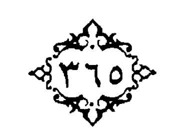
قال: ولو كان له ألفٌ سُودٌ، فصالَح على خمسِمئةٍ بِيضٍ لم يَجُزْ.

وذلك لأنَّ مَن له سُودٌ لا يَسْتحِقُّ البِيضَ، فقد صالَح على ما لا يَسْتحِقُّ بعقدِ المداينةِ، فكان عِوَضًا فلا يَصِحُّ التَّفاضُلُ فيه، وليس كذلك إذا كان له بِيضٌ، فصالَح على ما دونَ ذلك مِن السُّودِ؛ لأنَّ السُّودَ مِن جنسِ حقِّه والمُستحِقُّ للجِيادِ مُستحِقٌّ لِما دونَها، بدليلِ أنَّه لو أخَذ السُّودَ مِن مالِ غريمِه بغيرِ أمرِه لم يُجبَرْ على رَدِّها، ولو أخَذ البِيضَ وله سُودٌ أُجبِرَ على رَدِّها، وإذا كان كذلك فالصُّلحُ وقَع على نفسِ المُستحِقِّ بعقدِ المداينةِ، فيُحمَلُ على أنَّه أبرأ مِن حقِّه مِن الجودةِ.

---

(١) في (ي): «بشبهة».

(٢) في (ي): «بعد».



وقد قالوا: لو كان له عليه ألفُ درهمٍ ومئةُ دينارٍ، فصالَح الغريمَ مِن جميعِ ذلك على مئةِ درهمٍ دفَعها إليه، فهو جائزٌ، وقد أبرَأه مِن الدَّنانيرِ وحَطَّ عنه الدراهمَ إلا مئةً؛ وإنما كان كذلك لأنَّ المئةَ المأخوذةَ مُستَحَقَّةٌ بعقدِ المداينةِ، فإذا أخَذها وقَعتْ عن مُستَحِقِّها، وصار مُسقِطًا لحقِّه عما (1)في الذِّمَّةِ(1)، وإذا حُمِل على ذلك جاز التأجيلُ فيها أيضًا؛ لأنَّها ليسَتْ بعِوَضٍ(2)؛ وإنما هي نفسُ ما كان في الذِّمَّةِ، فإذا أجَّلَه جاز.

وقالوا: لو كان له عليه دراهمُ، فصالَحه على دنانيرَ جاز، وهو مُعْتَبرٌ بعقدِ الصرفِ(3)، فما جاز في ذلك جاز في الصُّلحِ(4)، وما بطَل فيه بطَل في الصُّلحِ.

وإنْ وقَع الصُّلحُ بعينٍ مِن الأعيانِ فهو بمنزلةِ البيعِ، فما جاز في عقدِ البيعِ جاز فيه، وما بطَل في عقدِ البيعِ بطَل في الصُّلحِ أيضًا، وقد بيَّنَّا وجهَ ذلك فيما تقدَّم.

قال: ومَن وَكَّل رجلًا بالصُّلحِ عنه، فصالَح لم يَلزَمِ الوكيلَ ما صالَح عليه إلا أن يَضمَنَه، والمالُ لازمٌ للمُوكِّلِ.

وهذا الذي ذكَره رَحِمَهُ اللَّهُ لا يَصِحُّ على هذا الإطلاقِ(5)؛ وإنما يَصِحُّ فيما لا يكونُ الصُّلحُ فيه في معنى المعاوضةِ، مثلُ الصُّلحِ إذا وقَع على ما يُسْتَحَقُّ بعقدِ المداينةِ؛ لأنَّه في معنى الحطِّ، ومثلُ الصُّلحِ عن دمِ العمدِ.

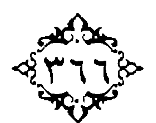
(1-1) في (ج، غ، ل): «بقي».

(2) في (ي): «بعرض».

(3) في (ج): «العقد».

(4) في (ع): «الصرف».

(5) في (ي): «إلا الطلاق».



وإذا كان كذلك لم يَتعلَّقْ حقوقُه بالوكيلِ، فلا يَلزَمُه المالُ، ويَلزَمُ المُوكِّلَ إلَّا أن يَضمَنَه الوكيلُ، فيَلزَمُه بالضَّمانِ لا بعقدِ الصُّلحِ، فأمَّا إن وَكَّله بالصُّلحِ عن مالٍ بمالٍ، فيَجِبُ أن يَلْزَمَ المالُ الوكيلَ؛ لأنَّ هذا الصُّلحَ في معنى البيعِ، وحقوقُ البيعِ يَتعلَّقُ بالوكيلِ دونَ المُوكِّلِ.

قال: فإن صالَح عنه على مالٍ[1] بغيرِ أمرِه، فهو على أربعةِ أوجُهٍ إن صالَح بمالٍ وضَمِنَه تمَّ الصُّلحُ.

وذلك لأنَّ العقدَ وإن لم يُوجِبِ الضَّمانَ عليه، فإنَّ المالَ يلزَمُه بالضَّمانِ[2]، ويُسَلِّمُ[3] العِوَضَ بضمانِه للمُدَّعِي، فيَتِمُّ الصُّلحُ.

قال: وكذلك إن قال: صالَحتُك[4] على ألفِي هذه. تمَّ الصُّلحُ ولزِمه تَسْليمُها.

وذلك لأنَّ إضافةَ المالِ المعقودِ عليه إلى نفسِه (٥يَقْتَضِي التزامَ التَّسليمِ وإتمامَ العقدِ، ولولا ذلك لم يَكُنْ لإضافتِه إلى نفسِه٥) معنى، وإذا لزِمه التَّسليمُ تمَّ العقدُ.

قال: وكذلك لو قال: صالَحتُك على ألفٍ. وسَلَّمَها[6].

---

(١) في (نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣٢٢): «شيء».

(٢) في (س): «بالضمان».

(٣) في(س): «ويلزم»، وفي(ي): «ويتسلم».

(٤) في (ي): «صالحته».

(٥-٥) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٦) في (ج): «يسلمها»، وفي (ي): «وتسليمها».



وذلك لأنَّ التَّسليمَ يُوجِبُ سلامةَ العِوَضِ للمُدَّعِي، فإذا سَلَّم له العِوَضَ وهو (1) مقصودٌ مِن العقدِ (1) صَحَّ العقدُ.

قال: وإن قال: صالحتُك على ألفٍ (2) ولم يُسَلِّمْها (2) فالعقدُ موقوفٌ، فإنْ أجازَه المُدَّعَى عليه جاز ولزِمه الألفُ، وإن لم يُجِزْه بطَل.

وذلك لأنَّ العاقدَ تبرَّع بالعقدِ، ولم يَتبرَّعْ بالتزامِ المالِ، فلا يجوزُ أن تَلزَمَه زيادةٌ على ما التزَم، وسُقُوطُ الحقِّ عن المُدَّعَى عليه موقوفٌ على سلامةِ المالِ للطالبِ، فإنْ أجازَ المطلوبُ الصُّلحَ لزِمه المالُ، وكأنَّ العاقدَ عقَد بأمرِه، فيَتِمُّ العقدُ بسلامةِ العِوَضِ للمُدَّعِي، وإن لم يُجِزْ لم يُسَلَّمْ له العِوَضُ، فبطَل العقدُ.

قال: وإذا كان الدَّينُ بينَ شَرِيكَيْن، فصالَح أحدُهما مِن نصيبِه[3] على ثوبٍ، فشَرِيكُه بالخيارِ إن شاء اتَّبَعَ الذي عليه الدَّينُ بنصفِه، وإن شاءَ أخَذ نصفَ الثوبِ إلا أن يضمنَ له شريكُه رُبُعَ الدَّينِ.

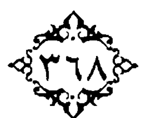
والأصلُ في هذا أنَّ الدَّينَ المشتركَ الذي ثبَت بسببٍ واحدٍ للشَّرِيكَيْن إذا قبَض أحدُهما شيئًا منه، فالمقبوضُ مِن النَّصِيبَيْن؛ لأنَّا لو جعَلْناه مِن نصيبِ أحدِهما، لكُنَّا قد قسَمْنا الدَّينَ حالَ كونِه في الذِّمَّةِ، (4) وقسمةُ الدَّينِ حالَ كونِه في الذِّمَّةِ لا يجوزُ (4).

(1-1) في (أ2، ق، ي): «مقصوده من العوض».

(2-2) من (ي).

(3) في (ي): «هبته».

(4-4) ليس في (ي).



والدليلُ على ذلك هو أن القسمةَ تمييزُ الحقوقِ، وذلك لا يَتأتَّى فيما في الذِّمَّةِ، ولأنَّهما لو اقتَسَما الأعيانَ مِن غيرِ تمييزٍ لم يَصِحَّ؛ ألَا تَرى أن صُبْرةَ طعامٍ بينَ شَريكَيْن لو قال أحدُهما للآخرِ: خُذْ منها، هذا الجانبُ لك، وهذا الجانبُ لي. لم يَصِحَّ لعدمِ التمييزِ، فكذلك القِسْمةُ فيما في الذِّمَّةِ لمَّا لم يَتَميَّزْ، ولأنَّ القسمةَ فيها معنى التَّمليكِ؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ مِن المُقْتَسِمَيْن يأخُذُ نصفَ حقِّه، ويأخُذُ الباقيَ عِوَضًا عمَّا له في يدِ الآخرِ، وتمليكُ الدَّينِ لغيرِ مَن في ذِمَّتِه لا يجوزُ.

وإذا ثبَت هذا كان المقبوضُ مِن الحَقَّيْنِ جميعًا، فكان لشريكِه أن يأخُذَ نصفَ [١]المقبوضِ بعينِه، فإن كان[١] أجودَ منه فإنَّ الجودةَ لا يُعتَبرُ[٢] بها في الجنسِ الواحدِ؛ ألَا تَرى أن مَن عليه الدَّينُ إذا أدَّى أجودَ منه أُجْبِر صاحبُ الدَّينِ على قبضِه، وصار كأنَّه قبَض نفسَ[٣] حقِّه، فلزِمه أن يُعطِيَه نصفَه، وإنْ كان المقبوضُ أَرْدَأَ منه، فلم يُسَلِّمْ له مِن دَيْنِه إلا هذا القدرَ، فلم يَلزَمْه ضمانُ غيرِه.

وإذا ثبَت هذا جِئْنا إلى مسألةِ «الكتابِ» فقلنا: إذا صالَح أحدُهما مِن نصيبِه على ثوبٍ، فشَريكُه بالخيارِ إن شاء اتَّبَع الذي عليه الدَّينُ بنصفِه؛ لأنَّ الدَّينَ ثابتٌ في ذِمَّتِه، فكان له أن يَرجِعَ عليه بنصفِه[٤]، كما لو اشتَرى شريكُه بنصيبِه ثوبًا، وإن شاء أخَذ نصفَ الثوبِ [٥]مِن الشَّريكِ[٥]؛ لأنَّ الصُّلحَ وقَع على نصفِ الدَّينِ وهو مَشَاعٌ؛ بدليلِ ما بَيَّنَّا أن قسمةَ الدَّينِ حالَ كونِه في الذِّمَّةِ لا يَصِحُّ،

(١-١) في (ي): «نصيبه فإذا».
(٢) في (ج): «يعتد».
(٣) في (ي): «نصف».
(٤) في (ج، ي): «بنصيبه».
(٥-٥) ليس في (ج).



وحقُّ الشَّرِيكِ مُتعلِّقٌ بكلِّ جزءٍ مِن الدَّينِ، فصار عِوَضُ الثوبِ نصفَه مِن حقِّه، فوقَفَ على إجازتِه، وأخذُه للنصفِ دلالةٌ على إجازةِ العقدِ، فصَحَّ ذلك وجاز، فإنْ ضمِن له شريكُه رُبُعَ الدَّينِ لم يَكُنْ له على الثوبِ سبيلٌ؛ لأنَّ حقَّه في الدَّينِ ولو قبَض نصفَ الدَّينِ كان له أن يُعطِيَه قدرَ الرُّبُعِ مِن الدَّينِ، ولم يَكُنْ للشَّرِيكِ أنْ يُطالِبَه بنصفِ المقبوضِ بعينِه؛ كذلك هذا.

قال: ولو اسْتَوفَى نصفَ نصيبِه مِن الدَّينِ كان لشريكِه أن يُشرِكَه فيه، ثُمَّ يَرْجِعانِ على الغريمِ بالباقِي.

وقد بَيَّنَّا ذلك[1]، وإذا كان المقبوضُ بينَهما فالباقي أيضًا بينَهما على الشركةِ على حالِه فيَرْجِعانِ به.

قال: ولو اشتَرى أحدُهما [2]لنفسِه مِن الذي عليه الدَّينُ[2] بنصيبِه سلعةً، كان لشَرِيكِه أن يُضَمِّنَه رُبُعَ الدَّينِ.

وذلك لأنه اشتَرى بدَيْنٍ في ذِمَّتِه، ثُمَّ جعَل ما في ذِمَّتِه قِصاصًا بدَيْنِه فصار[3] كأنَّه قبَض نصفَ الدَّينِ، فيكونُ لشريكِه أنْ يرجِعَ عليه بنصفِه، ولا يكونُ له على الثوبِ سبيلٌ، فإنِ اتَّفَقا على الشركةِ في الثوبِ جاز؛ لأنَّ الثوبَ على مِلْكِ القابضِ، وقد وجَب عليه نصفُ ثمنِه، فإذا سَلَّمَ نصفَه بذلك ورضِي شريكُه جاز، وصار كأنَّه باعَ منه نصفَ الثوبِ.

---

(١) بعده في (س): «قال».

(٢-٢) ليس في (نسخة مختصر القدوري).

(٣) في (ع): «فصانه».



(1) وقد قالوا في مسألةِ الصُّلحِ: الخيارُ إلى القابضِ إن شاءَ سَلَّم نصفَ الثوبِ(1)، وإن شاءَ أَعْطاه مثلَ رُبُعِ الدَّيْنِ؛ وذلك لأنَّ الصُّلحَ لا يَقْتضِي الضَّمانَ على المصالحِ؛ ألَا ترى أنَّه مِن عُقُودِ التَّبرُّعِ فهو كالهبةِ إلا أنَّ المقبوضَ سُلِّم له عن الدَّيْنِ المشتركِ، فكان له أن يُسَلِّمَ نصفَه إلى الشَّريكِ، وله أن يقولَ: أنا ألتزِمُ لك نصفَ حقِّك مِن الدَّيْنِ؛ لأنه لا حقَّ لك فيما زادَ على ذلك.

ولو أبرَأ أحدُ الشَّريكَيْن مِن نصيبِه مِن الدَّيْنِ جازتِ البراءةُ، ولم يَكُنْ للشَّريكِ الآخرِ شيءٌ؛ لأنه أتلَف نصيبَه مِن الدَّيْنِ، ولأنَّ البراءةَ تبرُّعٌ، والتَّبرُّعُ لا يُوجِبُ الضَّمانَ على المُتبرِّعِ.

وقالوا: لو أبرَأه أحدُهما عن مئةِ درهمٍ ودَيْنُهما(2) ألفٌ، فما خرَج بعدَ ذلك مِن الدَّيْنِ اقتَسَماه على ما بقِي لكلِّ واحدٍ منهما على الغريمِ، وكذلك لو أبرَأه أحدُهما بعدَ ما قبَضا البعضَ، وقبلَ أن يَقتسِماه؛ لأنَّ القِسْمةَ (3) تبَعٌ للحقِّ، فإنِ اقْتَسَما المقبوضَ، ثُمَّ أبرَأ أحدُهما مِن مئةٍ، فالقِسْمةُ(3) ماضيةٌ؛ لأنَّهما اقْتَسَما ومِلْكُهما سواءٌ، فصَحَّتِ القِسْمةُ، وزوالُ(4) المساواةِ بعدَها لا يُؤثِّرُ فيها.

قال: وإن كان السَّلَمُ بينَ شَرِيكَيْن، فصالَح أحدُهما مِن نصيبِه على رأسِ المالِ لم يَجُزْ عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يجوزُ الصُّلحُ(5).

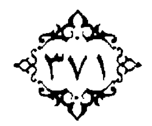
(1-1) ما بين القوسين ليس في (ع).

(2) ليس في (ج).

(3-3) ليس في (ي).

(4) في (ي، س): «وزالت».

(5) ينظر: «الهداية» (3/ 200)، و«العناية» (8/ 437).



وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ قسمةَ الدَّينِ في الذِّمَّةِ لا يَصِحُّ على ما بَيَّنَّا، وإذا لم يُمكِنْ[1] قِسْمتُه لم يَصِحَّ الصُّلحُ مِن أحدِهما على نصيبِه؛ لأنه يُؤدِّي إلى ذلك، ولا يُشبِهُ هذا إذا أبرَأَ أحدُهما مِن نصيبِه؛ لأنه ليس بقسمةٍ للدَّينِ؛ وإنما هو إسقاطُ حقٍّ.

وجهُ قولِهما: أنَّه دَيْنٌ مُشترَكٌ، فإذا صالَح أحدُهما على حِصَّتِه جاز[2] كسائرِ الدُّيونِ.

والجوابُ: أنَّ الصُّلحَ في سائرِ الدُّيونِ لا يُؤَدِّي إلى قِسْمةِ الدَّيْنِ في الذِّمَّةِ فصَحَّ.

قال: وإذا كانتِ التَّركةُ[3] بينَ وَرَثةٍ، فأخرَجوا أحدَهم منها بمالٍ أَعْطَوه إيَّاه والتَّرِكةُ عقارٌ وعُرُوضٌ جاز قليلًا كان أو كثيرًا ما أَعطَوه.

وذلك لِما روِي: «أنَّ عثمانَ بنَ عفَّانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ صالَح تُماضِرَ الأَشْجعيَّةَ امرأةَ عبدِ الرحمنِ بنِ عوفٍ عن رُبُعِ ثُمُنِها على ثمانينَ ألفَ درهمٍ[4]»، وكان ذلك بحَضْرةِ الصَّحابةِ مِن غيرِ نكيرٍ، وكان في التركةِ كلُّ جِنْسٍ مِن الأموالِ، ولأنَّ الصُّلحَ يجِبُ أن يُعْتبَرَ بأقربِ العُقُودِ إليه على ما بيَّنَّا، فإذا وقَع عن العقارِ والعُرُوضِ فهو بمنزلةِ البيعِ، فيجوزُ بقليلِ العِوَضِ[5] وكثيرِه.

قال: وإن كانتِ التَّركةُ فِضَّةً فأَعْطَوه ذَهَبًا، أو ذَهَبًا فأَعْطَوه فِضَّةً، فهو كذلك.

(١) في (ي): «تصح».
(٢) ليس في (أ٢، ي).
(٣) في (أ٢، م، ي): «الشركة».
(٤) من (ل)، وفي أكثر المصادر: «دينار». وينظر: «الحاوي» (١٠/ ٢٦٤)، و«الهداية» (٣/ ٢٠٠).
(٥) في (ج، ل): «العروض».



وذلك لأنَّ هذا الصُّلحَ بمنزلةِ بيعِ ذَهَبٍ بِفِضَّةٍ، والتَّساوِي غيرُ مُعْتَبرٍ في بيعِ أحدِهما بالآخرِ، فكذلك في الصُّلحِ إلَّا أنَّه لا بُدَّ مِن اعتبارِ التَّقابُضِ في المجلسِ[1] اعتبارًا بعقدِ الصَّرفِ[2].

قال: وإن كانتِ التَّركةُ ذَهَبًا وفِضَّةً وغيرَ ذلك، (3فصالَحوه على ذَهَبٍ أو فِضَّةٍ، فلا بُدَّ أن يكونَ ما أَعْطَوه أكثرَ مِن نصيبِه مِن ذلك3) الجنسِ حتى يكونَ نصيبُه بمثلِه، والزِّيادةُ بحقِّه مِن بقيَّةِ التركةِ[4].

وذلك لأنَّ الذهبَ والفِضَّةَ يُعتبَرُ في بيعِ كلِّ واحدٍ منهما بجنسِه المساواةُ، وسواءٌ بِيعَتْ مُنفرِدةً أو مع غيرِها، فيَجِبُ في مسألتِنا أن يُعتبَرَ في المأخوذِ أنْ يكونَ أكثرَ مِن حقِّه مِن (5ذلك الجنسِ لتُوجَدَ المماثلةُ في الجنسِ، وتكونَ الزِّيادةُ في مقابلةِ ما بقِي مِن حقِّه مِن5) سائرِ الأصنافِ.

قال: وإذا كان في التركةِ دَيْنٌ على الناسِ، فأدخَلوه في الصُّلحِ على أن يُخرِجوا المصالحَ عنه، ويكونَ (6الدَّيْنُ لهم6) فالصُّلحُ باطلٌ.

وذلك لأنَّ الصُّلحَ يَقْتضِي التَّمليكَ، وتمليكُ الدَّينِ ممن ليس في ذِمَّتِه لا يجوزُ؛ ألَا ترَى أنَّه[7] لو قال: بِعْتُك الدَّينَ الذي لي على فلانٍ. لم يَصِحَّ.

---

(١) بعده في (ي): «و».

(٢) في (ع): «الصلح».

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٤) في (ج، م، نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣٢٤): «الميراث».

(٥-٥) ما بين القوسين ليس في (أ٢، ي).

(٦-٦) في (ي): «الدراهم».

(٧) من (ج،ض، ع،غ، ق، ل).



قال: فإنْ شرَطوا أن يَبْرَأَ الغرماءُ منه، ولا يُرْجَعُ عليهم بنصيبِ المصالحِ فالصُّلحُ جائزٌ.

وذلك لأنَّ الصُّلحَ وقَع على براءةِ الغريمِ؛ وذلك ليس بتمليكِ الدَّينِ، ولو كان تمليكًا[1] جاز أيضًا؛ لأنه تمليكٌ لمَن هو في ذِمَّتِه؛ وذلك جائزٌ فلذلك تمَّ الصُّلحُ.

وقد قال أبو حنيفةَ: إذا أَشْرَع الرجلُ إلى [2]طريقِ المسلمين[2] رَوْشَنًا[3] فلكلِّ واحدٍ منهم منعُه مِن إحداثِه، وإن أحدَثه، فلهم المطالبةُ بنَقْضِه[4].

وقال الشافعيُّ: إذا كان لا يَضُرُّ بالطريقِ، بل كان عاليًا[5] تجتازُ تحتَه الجِمالُ بأحمالِها، فلا تَعلُّقَ به لم يَكُنْ لأحدٍ قَلْعُه[6].

دليلُنا: ما رُوِي: «أنَّ عمرَ بنَ الخطابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مَرَّ بدارِ العباسِ، فرَأَى مِيزابًا يَقطُرُ منه الماءُ فقَلَعَه، فخرَج إليه العباسُ، وقال: قَلَعتَ مِيزابًا نصَبه رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؟ فقال عمرُ: واللَّهِ، لا رَدَدْتَه إلا على عُنُقِي. فصعِد العباسُ على

(١) ليس في (ج).

(٢-٢) في (ع): «الطريق».

(٣) الروشن هو العلو المشرف على نصيب الآخر، أو هو ما يخرج من الجدار من الجذوع يوسّع به المنزل العلوّ، أو يجعل ممرًّا يمرّ عليه وأصله فارسيّ. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص٢٥٣)، و«المغرب» (١/ ٣٣١).

(٤) في (ي): «بقطعه». وينظر: «فتاوى قاضي خان» (٣/ ٢٨٢)، و«العناية» (١٠/ ٣٠٧).

(٥) في (س): «غالبًا».

(٦) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٣٧٥).



ظهرِه[1] حتى رَدَّه»[2].

ووجهُ الدليلِ منه: أنَّه قلَعه، [3]فلو كان حقًّا لصاحبِ الدارِ لم يقلَعْه[3]، فلمَّا أخبَره أنَّ رسولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نَصَبَه رَدَّه؛ لأنَّ الإمامَ له أن يأذَنَ في ذلك، ويقومُ إذنُه مقامَ إذنِ جميعِ المسلمين؛ ولأنَّه بناءٌ في هواءِ أرضٍ مشتركةٍ[4]، فكان لهم منعُه[5]، كما لو بنَى في دارٍ مشتركةٍ.

(١) في (ي): «ظهر عمر».

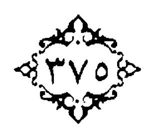
(٢) أخرجه أحمد (١٧٩٠) من طريق هشام بن سعد، عن عبيد اللَّه بن عباس بن عبد المطلب، قال: «كان للعباس ميزاب على طريق عمر بن الخطاب...، الحديث». قال ابن الملقن في «البدر المنير» (٦/ ٦٩٠): «وهشام هذا حسن الحديث، ضعفه النسائي وغيره، وخرج له مسلم متابعة». وقال الحافظ في «التلخيص الحبير» (٣/ ٤٥): «ورواه البيهقي من أوجه أُخر ضعيفة أو منقطعة». ينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٣٩٨)، و«السنن الكبرى» للبيهقي (٦/ ٦٦، ٦٧)، و«موافقة الخبر الخبر» (١/ ٤٥٧).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٤، ١٩٥): «الميزاب: قال في المغرب: هو المِثْعَب، وجمعه مآزيبُ. عن ابن السكيت. قال الأزهري: ولا يقال: المرزاب. ومن ترك الهمزة قال في الجمع: ميازيب وموازيب، من وزَب الماءُ، إذا سال. عن ابن الأعرابي. وقيل: هو فارسي معرب بالهمزة. وأنكر يعقوب تَرْكَ الهمزة أصلًا. انتهى. قلت: الذي أظنه أن الميزاب أعرف وأشهر عند غالب الفقهاء والمشتغلين من المثعب، وليس الكلام على مطلقة، بل في فرد خاص، وهو ما وقع فيه كلام العباس، فالأولى أن يقال: هو مصب ماء المطر. كما ذكره في التهذيب، وغيره من كتب الفن. فإن المثعب في الجملة يحتاج إلى بيان ضبط، وبيان معنى، فقد قال في المحكم: المثعب بفتح الميم، واحد مثاعب: الحياض، وربما تصحف». ينظر: «تهذيب اللغة» (١٣/ ١٣٧)، و«المحكم والمحيط الأعظم» (٩/ ٨٢)، و«المغرب» (١/ ٣٧).

(٣-٣) ليس في (أ٢).

(٤) في (ي): «منزله».

(٥) في (غ، ل): «منفعة»، و في (ي): «منفعته».



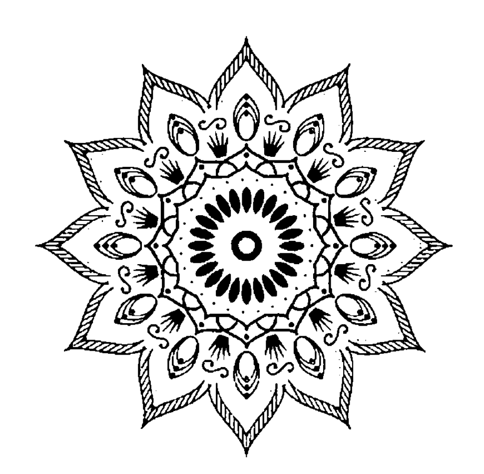
فإن قيل: إنَّ هذا فعلُ المسلمين في سائرِ الأعصارِ مِن غيرِ نكيرٍ.

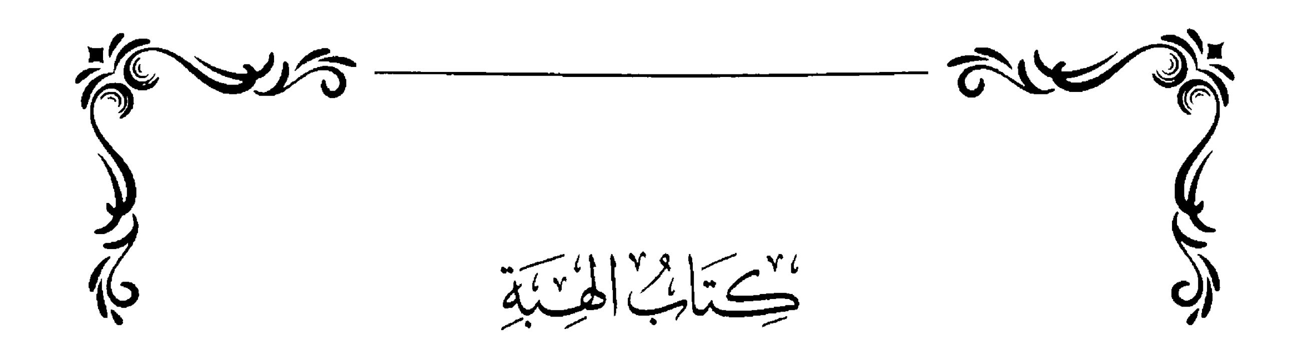
قيل له: عندَنا يجوزُ إحداثُها، ويَحِلُّ الانتفاعُ بها حتى يمنَعَ منها مانعٌ، ولم يُنقَلْ أن أحدًا اعترَض ذلك فمُنِع مِن الاعتراضِ، فلم يَكُنْ في مجردِ الفعلِ حُجَّةٌ، وهذا كبناءِ الدَّكاكينِ في الأفنيةِ، وإن جازَ نقضُها بإجماعٍ، وكذلك الأجنحةُ التي ليسَتْ مُرْتفعةً لا يُنكِرونها، وإن لم تَجُزْ بإجماعٍ.

والله أعلم



كِتَابُ الهِبَةِ





كتاب الهبة

الأصلُ في جوازِ الهبةِ قولُه تعالى: ﴿فَإِن طِبْنَ لَكُمْ عَن شَيْءٍ مِّنْهُ نَفْسًا فَكُلُوهُ هَنِيٓـًٔا مَّرِيٓـًٔا﴾ [النساء: ٤]. وقال النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تَهادُوا تَحابُّوا»[١]. وأجمعتِ الأمَّةُ على جوازِها.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الهبةُ تَصِحُّ بالإيجابِ والقبولِ [٣]والقبضِ[٢].

أمَّا اعتبارُ الإيجابِ والقبولِ[٣] فلأنَّ الهبةَ عقدٌ، والعقدُ هو الإيجابُ والقبولُ والقبضُ[٤]، وأمَّا اعتبارُ القبضِ فصحيحٌ، وعندَنا لا يُملَكُ بعقدِ الهبةِ؛ وإنما يُملَكُ بالقبضِ، وقال مالكٌ: يُملَكُ بها مِن غيرِ قبضٍ[٥].

---

(١) أخرجه البخاري في «الأدب المفرد» (٥٩٤)، وأبو يعلى (٦١٤٨) عن أبي هريرة. وحسن إسناده الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٥٢).

وأخرجه الطبراني في «الأوسط» (٧٢٤٠)، والقضاعي في «مسند الشهاب» (٦٥٥) من طريق المثنى أبي حاتم، عن عبيد الله بن العيزار، عن القاسم بن محمد، عن عائشة. قال الطبراني: «لم يرو هذا الحديث عن القاسم إلا عبيد الله بن العيزار، تفرد به المثنى أبو حاتم». وقال الهيثمي «مجمع الزوائد» (٤/ ١٤٦) «فيه المثنى أبو حاتم، ولم أجد من ترجمه، وبقية رجاله ثقات، وفي بعضهم كلام».

(٢) في (ج): «وتملك بالقبض وذلك»، وفي (نسخة مختصر القدوري): «وتتم بالقبض».

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (غ، ل)، وفي (ج): «وتملك بالقبض وذلك». (٤) من (ي).

(٥) ينظر: «الإشراف على نكت مسائل الخلاف» (٢/ ٦٧٣)، و«شرح التلقين» (٢/ ٧٩٤)، و«الذخيرة» (٦/ ٢٦٤).



دليلُنا: ما روِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «يقولُ اللَّهُ تعالى: يا ابنَ آدمَ، تقولُ: مالي مالي. ليس لك مِن مالِك إلا ما أكلتَ فأَفْنَيتَ، أو لَبِستَ فأَبْلَيتَ، أو تَصدَّقتَ فأَمْضَيتَ»[(١)]. فجعَل الصدقةَ صدقةً إذا قارَنها[(٢)] الإمضاءُ، وهو القبضُ.

ولِما روِي عن أبي بكرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أنَّه قال لعائشةَ في وصيَّته: «إنِّي كنتُ[(٣)] نحَلتُكِ جِدَادَ[(٤)] عشرينَ وَسْقًا مِن مالي بالعاليةِ[(٥)]، ....

(١) أخرجه مسلم (٢٩٥٨) عن عبد اللَّه بن الشِّخِّيرِ قال: «أتيتُ النَّبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وهو يَقرَأُ: ألهاكُمُ التَّكاثُرُ. قال: «يقولُ ابنُ آدمَ: مالي، مالي...» الحديث. وليس فيه: «يقول اللَّه تعالى».

(٢) في (ع): «فارقتها». (٣) ليس في (ج).

(٤) كذا بالنسخ، وفي بعض مصادر التخريج: «جذاذ».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٦): «نَحَلْتُك: النُّحْل بضم النون، والنِّحلة بكسرها: العطية».

وقال: «الجِداد بفتح الجيم، وكسرها، وبالدالين المهملتين: قطع ثمر النخل. قال في المغرب: وفي حديث أبي بكر: أنه نَحل عائشة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا جِداد عشرين وَسْقًا. وكلاهما مآل؛ إلا أن الأوَّل نظير قولهم: هذه الدراهم ضَرْبُ الأمير. والثاني نظير قولهم: عيشة راضية. والمعنى: أنه أعطاها نَخلًا يُجَدُّ منه مقدار عشرين وسْقًا من التمر. قلت: في لفظ أبي بكر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في هذا الأثر من رواية الإمام مالك، عن ابن شهاب، عن عروة، عنها: فلو كنت حولتيه واحتزتيه كان لك. في الموطأ بحديث الحسن، وفي الموطأ: فلو كنت جددتيه واحتزتيه. وكذا في الاستذكار، فعلى هذا يكون الموهوب التمر لا النخل، وتكون الجداد بمعنى المجدود، فاعتمد هذا».

ينظر: «الموطأ برواية محمد بن الحسن» (٨٠٨)، و«الموطأ برواية يحيى» (٢/ ٧٥٢)، و«الاستذكار» (٢٢/ ٢٩٣)، و«المغرب» (١/ ١٣٤).

(٥) العالية: إذا ذُكِرتْ في المدينة فهي أَعْلاها مِن حيثُ يأتي وادي بَطْحانَ، ويُطلقُ اليومَ على تلك الجهاتِ، والعَوالِي جمعُ عالية. جاء في السيرة: «أن رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بعث عبدَ اللَّه بن رواحة بَشِيرًا إلى أهلِ العاليةِ بفوزِ المسلمين في بدر». ينظر: «المعالم الجغرافية =



وإنَّك لم تكُوني حُزْتِيه[1]، ولا قبَضْتِيه، وإنما هو مالُ الوارثِ»[2]. فلم يَحكُمْ بتمامِ الهبةِ لعدمِ القبضِ فيها، ولأنَّ الهبةَ تبرُّعٌ، والتَّبرُّعُ لا يُملَكُ بمجردِ القولِ حتى يَنضَمَّ إليه غيرُه كالوصيَّةِ.

قال: فإن قبَض الموهوبُ له في المجلسِ بغيرِ إذنِ[3] الواهبِ جاز.

وهذا الذي ذكره استحسانٌ، والقياسُ أن لا يجوزَ، وبه قال الشافعيُّ[4].

ووجهُ القياسِ: أنَّ القبضَ في الهبةِ يقعُ به المِلْكُ، وما وقَع به المِلْكُ يَقِفُ على إذنِ المالكِ وتَسْليطِه، أصلُه القبولُ.

الواردة في السيرة النبوية» (ص١٣٢).

وقال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٦، ١٩٧): «العالية: كل ما كان من جهة نجد من المدينة من قراها وعمارتها، وما دون ذلك من جهة تهامة، فهي السافلة بالموحدة. كذا في تهذيب المطالع. وقال في المغرب: العالية: ما نجد إلى تهامة، والصواب في الحديث الغابة، على لفظ غابة الأسد. انتهى. قلت الغابة من أموال المدينة، وهي في الأصل الشجر الملتف والأجمة، وهما غابتان: عليا وسفلى، وفي تركة الزبير أنه اشتراها بسبعين ومئة ألف، وبيعت في تركته بألف ألف وستمئة ألف. قاله في تهذيب المطالع. قال القاضي عياض: وهي المذكورة في حديث السباق من الغابة. وقد صحفه بعض الناس في حديث السباق، فقال: الغاية. فأبدل الموحدة بالياء آخر الحروف». ينظر: «مطالع الأنوار» (٥/ ٦٦، ١٨٠)، و«مشارق الأنوار» (٢/ ١٤٣)، و«المغرب» (٢/ ٨١).

(١) في (غ، ل): «أخذتيه».

(٢) أخرجه مالك (٢/ ٧٥٢)، وعبد الرزاق (١٦٥٠٧)، وابن أبي شيبة (٢٠٥٠٦) عن عائشة. وصححه ابن الملقن في «البدر المنير» (٧/ ١٤٣).

(٣) في (نسخة مختصر القدوري، ومصادر التخريج): «أمر».

(٤) «الأم» (٧/ ٥٤٣)، و«الحاوي» (٥/ ٢٢٣).



وجهُ الاستحسانِ: أنَّ الواهبَ إنما يَقصِدُ بالهبةِ التَّمليكَ؛ (١وذلك لا يَتِمُّ إلا بالقبضِ، فصارتِ الهبةُ تَسليطًا على القبضِ، فكأنَّه أذِنَ١) فيه مِن طريقِ النُّطقِ.

قال: وإنْ قبَض بعدَ الافتراقِ[٢] لم يَصِحَّ إلا أن يأذنَ له الواهبُ في القبضِ.

وذلك لأنَّ القبضَ بمنزلةِ القبولِ في البيعِ؛ بدليلِ أنَّ المِلْكَ به يَحصُلُ كما يَحصُلُ[٣] بالقبولِ، ومعلومٌ أنَّ القبولَ لا يَثبُتُ حكمُه بعدَ الافتراقِ (٥كذلك قبضُ[٤] الهبةِ، فأمَّا إذا كان قد أذِن في القبضِ فقبضُه بعدَ الافتراقِ٥) مِن المجلسِ، فالقياسُ أن لا يجوزَ القبضُ؛ لأنَّ الإذنَ لا يَثبُتُ حكمُه بعدَ الافتراقِ كما لا يَثبُتُ حكمُ الإيجابِ، إلا أنَّهم[٦] اسْتَحْسَنوا، وقالوا: يَصِحُّ لِما روِي: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حُمِل إليه سِتٌّ[٧] بَدَناتٍ فجعَلْنَ يَزْدَلِفنَ إليه، فَنَحَرهُنَّ بيدِه، وقال: «مَن شاءَ فليَقْطَعْ. وانصرَف»[٨]. فأذِن لهم في القبضِ بعدَ الافتراقِ، ولأنَّ في مسألتِنا الواهبَ قد صرَّح بالإذنِ في القبضِ، فثبَت حكمُه بعدَ الافتراقِ،

(١-١) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٢) في (أ٢): «الإقرار».

(٣) في (ي): «يحتمل».

(٤) في (ل): «قبل».

(٥-٥) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٦) في (ج، ي): «أنهما».

(٧) في (س): «ستة».

(٨) أخرجه أحمد (١٩٠٧٥)، وأبو داود (١٧٦٥)، والحاكم (٤/ ٢٢١) عن عبد اللَّه بن قُرْطٍ. وقال الحاكم: «صحيح الإسناد».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٧): «يزدلفن: يتقربن وقد تكرر».



كما ثبَت إذنُ[1] البائعِ في قبضِ المبيعِ.

وقد قالوا: إذا لم تَصِحَّ الهبةُ لعدمِ القبضِ، [2]فتَصَرُّفُ الواهبِ[2] فيها جائزٌ بكلِّ حالٍ، كما لا يجوزُ تَصَرُّفُ البائعِ بعدَ الإيجابِ قبلَ القبولِ[3].

قال: وتَنعقِدُ الهبةُ بقولِه: وَهَبتُ ونَحَلتُ وأَعْطَيتُ، وأَطْعَمتُك[4] هذا الطعامَ، وجَعَلتُ هذا الثوبَ لك، وأَعْمَرتُك هذا الشيءَ، وحَمَلتُك على هذه الدابةِ. إذا نوَى بالحُمْلانِ الهبةَ.

وهذا الذي ذكره صحيحٌ.

أمَّا قولُه: وَهَبتُ. فهو صريحُ الهبةِ فيَنعقِدُ بلفظِه.

وأمَّا قولُه: نَحَلتُ. فالنِّحْلةُ يُعَبَّرُ بها عن الهبةِ؛ بدليلِ ما رُوِي: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لبشيرٍ والدِ النُّعْمانِ: «أَكُلَّ أولادِك نَحَلتَ مثلَ هذا؟»[5].

وأمَّا قولُه: أَعْطَيتُ. فالعَطِيَّةُ يُعَبَّرُ بها عن الهبةِ، يُقالُ: أَعْطاكَ اللَّهُ، ووهَب اللَّهُ لك. بمعنًى واحدٍ.

وأمَّا قولُه: أَطْعَمتُك هذا. فهو هبةٌ؛ لأنَّ الإطعامَ[6] يَقْتضِي العَطِيَّةَ، الدليلُ عليه الإطعامُ في الكفارةِ.

---

(١) في (ج): «حكم».

(٢-٢) ليس في (ي).

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٤٨٩)، و«المبسوط» (١٢/ ٩٧)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ١٢٤).

(٤) في (س): «وأطعمت».

(٥) أخرجه البخاري (٢٥٨٦)، ومسلم (١٦٢٣) عن النعمان بن بشير.

(٦) في (س): «الطعام».



وأمَّا قولُه: جعَلتُ هذا لك. فلِما روِي أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طلَب مِن أبي بكرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ التَّوْليةَ في شيءٍ اشْتَراه لأمرٍ[1]، فقال: «التَّوْليةُ يا أبا بكرٍ». فقال: هو لك يا رسولَ اللَّهِ بغيرِ ثمنٍ. فقال: «أمَّا بغيرِ ثمنٍ فلا»[2]. فدَلَّ على أنَّ هذا اللفظَ يَقْتضِي الهبةَ.

وأمَّا قولُه: أَعْمَرتُك هذا الشيءَ. فلِما روِي أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أَمْسِكوا عليكم أموالَكم ولا تُعْمِروا؛ فمَن أُعْمِرَ شيئًا فإنَّه لمَن أَعْمَره»[3].

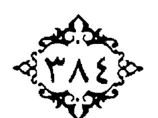
وأمَّا قولُه: حَمَلتُك على هذه الدَّابَّةِ. فلِما روِي أنَّ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حمَل رجلًا على دابَّةٍ، ثم رَآها في السوقِ تُباعُ، فسأل رسولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن شرائِها، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا ترجِعْ في صَدَقتِك»[4].

وأمَّا قولُه: إذا نوَى بالحُمْلانِ الهبةَ. فصحيحٌ؛ لأنَّ هذا اللفظَ يحتمِلُ العاريةَ أيضًا، فاعْتُبِر القَصْدُ في ذلك.

قال: ولا تجوزُ الهبةُ فيما يُقسَمُ إلا [5]مَحُوزةً مَقْسومةً[5].

وقال الشافعيُّ: يَصِحُّ في المشاعِ[6].

(١) من (س).
(٢) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٣١): «غريب».
(٣) أخرجه مسلم (١٦٢٥/ ٢٦) عن جابر.
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٧): «العُمْرى: أن تجعل له الدار يسكنها مدة عمره، ونحو ذلك».
(٤) أخرجه البخاري (١٤٩٠، ٢٦٢٣)، ومسلم (١٦٢٠) عن عمر.
(٥-٥) في (ي): «محوزًا مقسومًا».
(٦) ينظر: «الأم» (٤/ ٦٥)، و«نهاية المطلب» (٨/ ٤١١).



دليلُنا: ما رُوِي عن أبي بكرٍ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ، أنَّه قال لعائشةَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهَا: «إنِّي كنتُ نَحَلتُك جِدادَ عشرينَ وَسْقًا مِن مالي بالعاليةِ، وإنَّك لم تَكُوني حُزْتِيه ولا قَبَضتِيه»[1]. فاعتبَر الحيازةَ والقبضَ، وهذا لا يُمكِنُ[2] في المشاعِ ولا فيما هو مُتَّصِلٌ بغيرِه، ولأنَّ الهبةَ لا تُملَكُ إلا بالقبضِ، والإشاعةُ مُؤَثِّرةٌ في القبضِ، ومتى قارَن سببَ المِلْكِ ما يُؤَثِّرُ فيه على وجهٍ يُمكِنُ إزالتُه، فإنَّه يَمنَعُ وقوعَ المِلْكِ كالشُّروطِ الفاسدةِ في البيعِ.

فإن قيل: كلُّ عقدٍ صَحَّ فيما (٣لا يُقسَمُ٣) صَحَّ فيما يُقسَمُ، أصلُه البيعُ.

قيل له: البيعُ المِلْكُ يقعُ فيه بالعقدِ، والقبضُ يُحتاجُ إليه ليَنقِلَ[4] الضمانَ، فيَصِحُّ في المشاعِ والمقسومِ، وأمَّا الهبةُ فقَبْضُها يحتاجُ إليه لصِحَّةِ المِلْكِ، فيَقِفُ على القبضِ والحيازةِ فيما يُمكِنُ حيازتُه.

وقد قال أبو حنيفةَ: (٦لو وهَب رجلٌ لرجلَيْن دارًا أو حِنْطةً أو غيرَ ذلك مما يُقسَمُ وقبَضا ذلك لم تَجُزِ الهبةُ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: ذلك جائزٌ[5].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ٦): أنَّ الإشاعةَ مُؤَثِّرةٌ في القبضِ، وقبضُ الموهوبِ

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) في (ع): «يكون».

(٣-٣) قال في حاشية (ي): «يقسم».

(٤) في (ي): «لينتقل»، وفي (س): «لنقل».

(٥) ينظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (ص٤٦)، و«الأصل» (٣/ ٣٧٣)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ٣٩)، و«المبسوط» (١٢/ ٦٨، ٦٩)، و«المحيط البرهاني» (٦/ ٢٤١).

(٦-٦) ما بين القوسين ليس في (ي).



له يقعُ به المِلْكُ، فإذا قارَنه ما يمنَعُ وقوعَ المِلْكِ به منَع ذلك مِن صِحَّةِ العقدِ، أصلُه المبيعُ إذا قارَنه شرطٌ فاسدٌ.

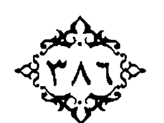
وجهُ قولِهما: أنَّ الإشاعةَ في أحدِ الطَّرفَيْن لا تَمنَعُ صِحَّةَ الهبةِ، أصلُه هبةُ الاثنَيْن مِن الواحدِ.

والجوابُ: أنَّ المِلْكَ في الهبةِ لا يَتعلَّقُ بالعقدِ وإنما يَتعلَّقُ بالقبضِ، وقد حصَل في غيرِ مشاعٍ، فجازتِ الهبةُ، وإذا وهَب الواحدُ مِن الاثنَيْن حصَل القبضُ في مشاعٍ فمنَع صِحَّةَ الهبةِ، ولا يُشبِهُ هذا الصدقةَ على اثنَيْن؛ لأنَّ المقصودَ بالصدقةِ واحدٌ، وهو اللَّهُ تعالى، والقابضُ قائمٌ مقامَه في القبضِ، فصار كالهبةِ للواحدِ إذا وكَّل بقبضِها وكيلَيْن.

قال: وهبةُ المشاعِ فيما لا يُقسَمُ جائزةٌ[1].

وذلك لأنَّ الحاجةَ تَدْعو إلى ذلك، ولا يُمكِنُ إزالةُ الإشاعةِ فجازَتْ للضَّرورةِ، ولأنَّ هبةَ المشاعِ الذي يحتمِلُ القسمةَ إنما لا تجوزُ؛ لأنَّها تُؤدِّي إلى إيجابِ ضمانٍ على الواهبِ للموهوبِ له لأجلِ هبتِه؛ ألَا ترَى أنَّ للموهوبِ له أن يُطالِبَ بالقسمةِ عَقِيبَ العقدِ، فيَلزَمَ الواهبَ أجرةُ القسَّامِ، وهذا المعنى لا يُوجَدُ في ما لا يحتمِلُ القسمةَ، فلذلك جازَتْ.

(١) قال في حاشية (ج): «قال في الكرخي: إذا وهب عبدًا أو ثوبًا لرجلين، أو شيئًا مما لا يقسم، جاز ذلك في قولهم جميعًا؛ لأن الإشاعة فيما لا يحتمل القسمة غير مؤثرة في الهبة، بخلاف الرهن فإنه إذا رهن شيئًا مشاعًا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتمل. مولوي». وينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٤٠٥)، (٤/ ٤١)، و«التجريد» (٨/ ٣٨١٧)، و«المبسوط» (١٢/ ٧٤).



قال: ومَن وهَب شِقْصًا مُشاعًا فالهبةُ فاسدةٌ، فإنْ قسَمه وسَلَّمه جاز.

أمَّا فسادُ الهبةِ فلأجلِ الإشاعةِ، وأمَّا إذا قسَم وسَلَّم فإنه يجوزُ؛ لأنَّ هبةَ المشاعِ عقدٌ جائزٌ، وإنما لا(١) يقعُ المِلْكُ (٢لعدمِ قبضِه٢).

والدليلُ عليه: «أنَّ أبا بكرٍ وهَب لعائشةَ جِدَادَ عشرينَ وَسْقًا، وبَيَّنَ أنَّها لو كانَتْ حازَتْه وقبَضَتْه جاز»(٣)، فلولا أنَّ العقدَ قد صَحَّ لم يُملَكْ بالحيازةِ والقبضِ.

ولأنَّ المانعَ مِن وقوعِ المِلْكِ في هبةِ المشاعِ هو أنَّ القبضَ الصحيحَ لم يُوجَدْ مع إمكانِه، فإذا زالَ المانعُ وجَب أن يقعَ المِلْكُ كالبيعِ إذا أُلحِقَ به شرطٌ فاسدٌ، ثم أُسقِط.

وقد قالوا: لا يَصِحُّ قبضُ الهبةِ حتى تكونَ مَحُوزةً(٤) مُفْردةً.

فإن وهَب زرعًا في أرضٍ، أو ثمرةً في نخلٍ لم يَصِحَّ القبضُ في ذلك، فلا تَصِحُّ الهبةُ لأجلِ ذلك، وكذلك لو وهَب الأرضَ دونَ الزرعِ، أو وهَب النخلَ دونَ الثمرةِ(٥)، أو وهَب دارًا فيها متاعُه، أو ظرفًا فيه متاعُه، وذلك لأنَّ الموهوبَ مشغولٌ بما لم يَقَعْ عليه الهبةُ، فصار كهبةِ المشاعِ.

فإن فرَّغ الدارَ (٦وسَلَّمها، أو قطَع الثمرةَ٦) والزرعَ وسَلَّم ذلك، جازتِ الهبةُ،

---

(١) ليس في (ج).

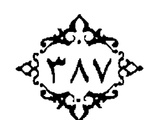
(٢-٢) في (ج، س، غ، ل): «بقبضه».

(٣) تقدَّم تخريجه.

(٤) في (أ٢): «محرزة».

(٥) في (ي): «فالثمن».

(٦-٦) في (ي): «أو أقلع الثمر».



وصَحَّ القبضُ، لزوالِ المانعِ مِن صِحَّةِ[1] العقدِ.

وقالوا: لو وهَب دَيْنًا له على رجلٍ لرجلٍ[2]، وأذِن له في قبضِه، جاز إذا قبَض ذلك اسْتِحسانًا[3]، وإن لم يأذَنْ له في القبضِ، لم تَصِحَّ الهبةُ.

وجهُ القياسِ: أنَّ الدَّينَ حقٌّ والحقوقُ لا تَجُوزُ هبتُها كالمنافعِ، ولأنَّ المِلْكَ في الهبةِ يَحصُلُ بالقبضِ، والقبضُ لا يَتأتَّى فيما في الذِّمَّةِ.

وجهُ الاستحسانِ: أنَّه إذا أذِن له في القبضِ قام قبضُه مقامَ قبضِ صاحبِ الدَّينِ، فيصيرُ المالُ مِلْكًا للواهبِ، ويصيرُ الموهوبُ له قابضًا بعدَ ذلك فيجوزُ، وليس كذلك إذا لم يأذَنْ له في القبضِ؛ لأنَّ ما يَتعيَّنُ مِن المالِ هو مِلْكُ الذي عليه الدَّينُ، فلا تَصِحُّ هبةُ الواهبِ منه، فلذلك لم يَملِكْه الموهوبُ له.

قال: ولو وهَب دقيقًا في حِنْطةٍ، أو دُهْنًا في سِمْسِمٍ، فالهبةُ فاسدةٌ، فإنْ طَحَن وسَلَّم لم يَجُزْ.

وذلك لأنَّ الفسادَ في نفسِ المعقودِ عليه؛ (٤ألَا تَرَى أنَّه لا يَصِحُّ العقدُ عليه، والعقدُ إذا فسَد لمعنًى في نفسِ المعقودِ عليه٤) لم يَصِحَّ إلا بتجديدِ العقدِ، أصلُه البيعُ بالخمرِ، وليس كذلك هبةُ المشاعِ؛ لأنَّ الفسادَ فيها لمعنًى يعودُ إلى القبضِ، فصار بمنزلةِ الشرطِ (٥المُلحَقِ بالعقدِ٥) فيَسقُطُ بإسقاطِه.

---

(١) في (ج): «زوال».

(٢) قال في حاشية (ح): «وهب دينًا له وسلطه على قبضه ممن هو عليه».

(٣) بعده في (ي): «لا قياسًا».

(٤-٤) ما بين القوسين ليس في (أ٢، غ، ل، ي). (٥-٥) في (أ٢): «المعلق».



قال: وإذا كانتِ العينُ في يدِ الموهوبِ له، مَلَكها بالهبةِ، وإن لم يُجدِّدْ فيها قَبْضًا.

والأصلُ في ذلك أنَّ العينَ الموهوبةَ إنْ كانت في يدِ الموهوبِ له أمانةً كالوديعةِ والعاريةِ ملَكها بعقدِ الهبةِ مِن غيرِ تجديدِ قبضٍ اسْتِحسانًا، والقياسُ أن لا يصيرَ قابضًا حتى يُخلِّيَ بينَ نفسِه وبينَها.

وجهُ القياسِ: أنَّ يدَ المُودِعِ (٢يدٌ[١] لمُودَعِه٢)، فكأنَّه وهَب له ما في يدِه، فلابُدَّ فيه مِن قبضٍ.

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ الهبةَ تَقِفُ صِحَّتُها[٣] على مجردِ القبضِ فلا تَفتقِرُ إلى قبضٍ لصفةٍ[٤]، ومجردُ القبضِ موجودٌ عَقِيبَ العقدِ فصَحَّتِ الهبةُ، ولا يُشبِهُ هذا بيعَ الوديعةِ ممن هي في يدِه؛ لأنَّ البيعَ يَقْتضِي (٥قبضًا مضمونًا٥)، وقبضُ المُودِعِ عَقِيبَ العقدِ قبضُ أمانةٍ، فلا بُدَّ مِن تجديدِ قبضٍ آخرَ، وذلك لا يكونُ إلا بالتَّخْليةِ بينَه وبينَ الوديعةِ.

وأمَّا إذا كانتِ العينُ في يدِ الموهوبِ له مضمونةً فهو على وجهَيْن، إن كانَتْ

(١) في (ج، س، ض، غ، ق، ل): «يدًا».

(٢-٢) ليس في (أ٢).

(٣) من هنا يبدأ خرم في المخطوط (ج)، والذي ينتهي عند قول المصنف: «الموهوبةَ إذا خرَجتْ مِن مِلْكِ الموهوبِ له سقَط الرجوعُ». قبل قول الماتن: «وإنْ وهَب هبةً لذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه، فلا رجوعَ فيها».

(٤) في (أ٢، ض، ق، ي): «نفسه»، وفي (ع): «نصفه».

(٥-٥) في (أ٢، س، ع): «قبض مضمون».



مضمونةً بقيمتِها أو بمثلِها كالعينِ المغصوبةِ والمقبوضةِ على وجهِ السَّومِ، فإنَّه يَملِكُه بالعقدِ ولا يحتاجُ إلى تجديدِ قبضٍ، وذلك لأنَّ القبضَ الذي تَقْتَضِيه الهبةُ قد وُجِد وزيادةٌ وهو الضمانُ، وذلك الضمانُ تَصِحُّ البراءةُ منه؛ ألَا ترى أنَّه لو أبرَأ الغاصبَ مِن ضمانِ الغصبِ جاز وسقَط، فصارتِ الهبةُ براءةً مِن الضمانِ، فيَبْقَى قبضٌ مِن غيرِ ضمانٍ فتَصِحُّ الهبةُ به.

وإن كانتِ العينُ مضمونةً بغيرِها (1) كالمبيعِ المضمونِ (1) بالثمنِ وكالرهنِ المضمونِ (2) بالدَّينِ؛ فلابُدَّ مِن قبضٍ مُستأنَفٍ بعدَ عقدِ الهبةِ، وهو أن يَرجِعَ إلى الموضعِ الذي فيه العينُ، ويمضِي وقتٌ يَتمكَّنُ فيه مِن قبضِها، وذلك لأنَّ العينَ وإن كانَتْ في يدِه مضمونةً إلا أنَّ هذا الضمانَ لا تَصِحُّ البراءةُ منه مع وجودِ (3) القبضِ المُوجِبِ له، فلم تَكُنِ الهبةُ براءةً، وإذا كان كذلك لم يُوجَدِ (3) القبضُ المُستَحَقُّ بالهبةِ، فلم يَكُنْ بُدٌّ مِن تجديدِ قبضٍ آخرَ.

قال: وإذا وهَب الأبُ لابنِه الصغيرِ هبةً مَلَكَها الابنُ بالعقدِ.

وذلك لأنَّ القابضَ للصغيرِ (4) هو أبوه، والعينُ في يدِه غيرُ مضمونةٍ، فصار قابضًا عَقِيبَ العقدِ، فتَمَّ المِلْكُ في الهبةِ.

قال: وإنْ وهَب له أجنبيٌّ هبةً تَمَّتْ بقبضِ الأبِ.

(1-1) في (س): «كالبيع المضمون»، وفي (ي): «كالعين المضمونة».

(2) في (ع): «المقبوض».

(3-3) ليس في (ي).

(4) في (س، ع): «الصغير».



وذلك لأنَّ الأبَ له عليه ولايةٌ، وقبضُ الهبةِ حقٌّ له، فكان ذلك إلى الأبِ كسائرِ حقوقِه.

قال: وإذا وُهِب لليتيمِ هبةٌ (١قبضها وَلِيُّه له١).

وذلك لأنَّ الهبةَ حقٌّ مِن حقوقِه، وجميعُ حقوقِه يَتولَّاها وَلِيُّه، كذلك هذا الحقُّ يَتولَّاه وَلِيُّه، ووَلِيُّه هو أبوه ووَصِيُّ أبيه بعدَه، (٢وجدُّه أبُ أبيه٢) ووَصِيُّه، وجميعُ هؤلاءِ لهم ولايةٌ عليه وهو عاجزٌ عن القبضِ، فلهذا صَحَّ قبضُهم له.

قال: فإن كان في حَجْرِ أُمِّه فقَبْضُها له جائزٌ، وكذلك إن كان في حَجْرِ أجنبيٍّ يُرَبِّيه فَقَبْضُه له جائزٌ.

وذلك لأنَّ مَن يُرَبِّيهِ ويَعُولُه له عليه ضَرْبٌ مِن الولايةِ؛ (٣ألَا تَرى أنَّ له أن يُؤَدِّبَه وأن يُسَلِّمَه في الصَّنائِعِ التي تعودُ إلى منفعتِه٣)، وفي قبضِ الهبةِ له منفعةٌ فجاز قبضُه له، وقد قالوا: لا يجوزُ أن يقبضَ له مَن ليس في عيالِه، وإن كان ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه؛ لأنه لا ولايةَ له عليه.

قال: وإن قبَض الصبيُّ الهبةَ لنفسِه(٤) جاز.

وذلك لأنَّ الناسَ يَتَصدَّقون على الصِّبيانِ(٥) في سائرِ الأعصارِ مِن غيرِ نكيرٍ،

(١-١) في (نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣٢٧): «فقبضها له وليه جاز».

(٢-٢) في (أ٢): «أي: أبيه»، وفي (ي): «ولأن أباه».

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٤) في (نسخة مختصر القدوري): «بنفسه».

(٥) في (ي): «الناس».



ولأنَّ الصبيَّ له يدٌ صحيحةٌ؛ ألَا ترَى أنَّه لو كان في يدِه شيءٌ لم يَجُزْ لأحدٍ انتزاعُه مِن يدِه إلا ببَيِّنةٍ، ومَن له يدٌ صحيحةٌ يَصِحُّ قبضُه، أصلُه البالغُ[1].

وقد قالوا في الصبيِّ الذي يَعقِلُ: إذا قبَض الهبةَ في حياةِ أبيه أو جدِّه جاز اسْتِحسانًا، والقياسُ أنْ لا يَصِحَّ قبضُه.

وجهُ القياسِ: أنَّه لا ولايةَ له على نفسِه، فلا يَصِحُّ قبضُه للهبةِ، كما لا يَصِحُّ قبضُه للمَبيعِ[2].

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ له فيه منفعةً ولا ضررَ عليه فيه، فصَحَّ قبضُه، كما يَصِحُّ قبضُ مَن هو في عيالِه.

قال: وإذا وهَب اثنانِ مِن واحدٍ دارًا جاز، وإنْ وهَب واحدٌ مِن اثنَيْن لم يَصِحَّ عندَ أبي حنيفةَ. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَصِحُّ.

وقد بيَّنَّا ذلك[3].

قال: وإذا وهَب هبةً لأجنبيٍّ فله الرُّجوعُ فيها، إلا أن يُعَوِّضَه عنها، أو يَزِيدَ زيادةً مُتَّصِلةً، أو يموتَ أحدُ المُتعاقِدَيْن، أو تخرُجَ الهبةُ مِن مِلْكِ الموهوبِ له.

والكلامُ في هذه الجملةِ يقعُ[4] في مسائلَ، منها: أنَّ الهبةَ مُقْتضاها الرُّجوعُ،

(١) في (أ٢، غ، ق، ل، ي): «البائع».

(٢) في (س): «للبيع»، وفي (ي): «في البيع».

(٣) عند قوله: «ولا يجوز الهبة فيما يقسم ألا يجوزه». وينظر: «الأصل» (٣/ ٣٧٣)، و«الهداية» (٣/ ٢٢٦)، و«العناية» (٩/ ٣٥).

(٤) في (ع): «يصح».

وقال الشافعيُّ: لا يَثبُتُ الرُّجوعُ في الهبةِ إلا فيما وهَبه الوالدُ لولدِه[1].

والدليلُ عليه: قولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الواهبُ أحقُّ بهبتِه ما لم يُثَبْ[2] عنها». رواه أبو هريرةَ[3].

ولأنَّه عقدٌ يُقصَدُ به التَّبرُّعُ (٤لا يَصِحُّ٤) إلا بمعنًى آخرَ ينضمُّ إليه، فوجَب أن يكونَ الرجوعُ مِن أحكامِه، أصلُه الوصيَّةُ، ولأنَّ التَّبرُّعَ على ضربَيْن تبرُّعٌ بالعينِ، وتَبرُّعٌ بالمنافعِ، فإذا كان أحدُ العقدَيْن (٥مُقْتضاه الرجوعُ٥)، كذلك الآخرُ.

فإن قيل: روَى ابنُ عباسٍ، (٦وابنُ عمرَ٦): «أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا يَحِلُّ لرجلٍ[7] أن يُعطِيَ عَطيَّةً، ولا يَهَبَ هبةً فيرجِعَ فيها، إلا الوالدَ فيما يُعطِي ولدَه[8]، ومَثَلُ الذي يُعطِي العطيَّةَ، ثم يَرجِعُ فيها كمَثَلِ الكلبِ يأكُلُ، فإذا شبع قاءَ، ثم عادَ (٩في قَيْئِه٩)».

---

(١) ينظر: «الأم» (٤/ ٩)، و«الحاوي» (٧/ ٥٤٦)، و«نهاية المطلب» (٥/ ٤٤٥)، (٦/ ٩١).

(٢) في (أ٢، ق، ل): «يثبت».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٧): «ما لم يُثَب: أي ما لم يجازى على صنيعه، يقال: أثابه يثيبه إثابة، والاسم: الثواب».

(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٣٨٧)، والدارقطني (٢٩٧٠ - ٢٩٧٢) من طرق عن إبراهيم بن إسماعيل، عن عمرو بن دينار، عن أبي هريرة. وإبراهيم بن إسماعيل بن مجمع ضعيف، وعمرو بن دينار لم يسمع من أبي هريرة. ينظر: «البدر المنير» (٧/ ١٤٦).

(٤-٤) ليس في (ل).

(٥-٥) في (ي): «حقيقًا بالرجوع».

(٦-٦) ليس في (ل).

(٧) ليس في (أ٢).

(٨) في (س): «لولده».

(٩-٩) في (أ٢، ق): «في فيه»، وفي (س): «فيه».

=



قيل له: هذا الخبرُ، وإنْ صَحَّ، اقتضَى تحريمَ الرجوعِ بفعلِ الواهبِ، وعندَنا لا يَحِلُّ له[1] إلا بانضمامِ معنًى آخرَ إليه، إمَّا الحكمُ، أو التَّراضِي، والوالدُ له أن يرجِعَ إذا احتاجَ مِن غيرِ حكمٍ ولا رضًا.

ومنها: أنَّ الرجوعَ في الهبةِ مكروهٌ؛ لخبرِ ابنِ عمرَ، ومعلومٌ أنَّ فعلَ الكلبِ لا يُوصَفُ بتحريمٍ ولا تحليلٍ؛ وإنما يُوصَفُ بالاستقباحِ والكراهةِ، وقد شُبِّه به فعلُ الراجعِ، فاقتضَى ذلك الكراهةَ أيضًا.

ومنها: أنَّ الموهوبَ له إذا عَوَّضَ الواهبَ سقَط حقُّ الرجوعِ، وذلك لِما روَى أبو هريرةَ: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الواهبُ أحقُّ بهبتِه ما لم يُثَبْ[2] عنها»[3].

ومنها: أنَّ عقدَ الهبةِ لا يَقْتضِي العِوَضَ، وقال الشافعيُّ في القديمِ: إذا وهَب الأدنى للأعلى اقتضَى الثوابَ[4].

وحديث ابن عباس: أخرجه الدارقطني (٢٩٧٥). وفيه محمد بن عبيد اللَّه العرزمي ضعيف جدًّا.

وحديث ابن عمر: أخرجه الدارقطني (٢٩٦٩). قال الدارقطني: «لا يثبت هذا مرفوعًا، والصواب عن ابن عمر، عن عمر موقوفًا».

وورد من حديث عمر أخرجه البيهقي (٦/ ١٨١). وقال: «قال البخاري: هذا أصح». ينظر: «علل الدارقطني» مسألة (١٠٨)، و«مشكل الآثار» (١٣/ ٣٣)، و«الأحكام الوسطى» (٣/ ٣١٣)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/ ٢٢٧، ٢٢٨).

(١) ليس في: (س، غ، ل).

(٢) في (غ، ق، ل): «يثبت».

(٣) تقدَّم.

(٤) ينظر: «المهذب» (٢/ ٣٣٥)، و«حلية العلماء» (٦/ ٥٧)، و«المجموع» (١٥/ ٣٨٦).



دليلُنا: أنَّ ما لا يَقْتضِي العِوَضَ لنظيرِه لا يَقْتضِي العِوَضَ إذا كان ممن هو فوقَه، أصلُه الوصيَّةُ، ولأنَّها[1] هبةٌ مُطلقَةٌ، فلا يكونُ العِوَضُ مِن مُقْتضاها، كما لو وهَب لنظيرِه.

فإن قيل: العادةُ أنَّ الإنسانَ يَهَبُ لمَن هو فوقَه طَلَبًا للعِوَضِ، والمُعْتادُ في العقودِ بمنزلةِ المشروطِ.

قيل له: إذا كانتِ العادةُ كذلك والعِوَضُ مجهولٌ، ثبَت الرَّدُّ عندَ عدمِ التَّراضِي، فأمَّا أن يَثْبُتَ العِوَضُ مع الجهالةِ فلا.

وقد قالوا: إنَّ العِوَضَ الذي يَسقُطُ به الرُّجوعُ هو ما شُرِط في العقدِ، فأمَّا إذا عَوَّضَه بعدَ العقدِ لم يَسقُطِ الرُّجوعُ؛ وذلك لأنه غيرُ مُستَحَقٍّ على الموهوبِ له[2]؛ وإنما تبَرَّعَ به ليُسقِطَ عن نفسِه الرُّجوعَ، فيكونَ هبةً مُبْتَدَأةً، وليس كذلك إذا شُرِط في العقدِ؛ لأنه يُوجِبُ أن يصيرَ حُكْمُ العقدِ حُكْمَ البيعِ، ويَتَعلَّقُ به الشُّفعةُ، ويُرَدُّ بالعيبِ، فدَلَّ ذلك على أنَّه قد صار عِوَضًا عنها.

وقد قال الشافعيُّ في أحدِ قولَيْه: شرطُ العِوَضِ يُفسِدُ الهبةَ؛ لأنَّه يُخرِجُ العقدَ عن موضوعِه، فهو بمنزلةِ البيعِ إذا سقَط فيه العِوَضُ[3].

قيل له: لا نُسَلِّمُ؛ لأنَّ الهبةَ قد يُقصَدُ بها العِوَضُ، وقد يُقصَدُ بها الثوابُ،

---

(١) في (ل): «لأنه».

(٢) ليس في (أ٢، غ، ل).

(٣) ينظر: «المهذب» (٢/ ٣٣٥، ٣٣٦)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٢٨١)، و«العزيز شرح الوجيز» (٦/ ٣٣٢).



وقد يُقصَدُ بها المَوَدَّةُ، فشرطُ العِوَضِ لا يُخرِجُ العقدَ[1] عن موضوعِه كالعفوِ مِن دمِ العمدِ.

وقد قالوا: يجِبُ أن يُعْتَبرَ في العِوَضِ[2] جميعُ الشَّرائطِ المُعْتبَرةِ في الهبةِ مِن القبضِ، وعدمِ الإشاعةِ؛ لأنه هبةٌ.

ومنها: أنَّ العينَ الموهوبةَ إذا زادَتْ في يدِ الموهوبِ له زيادةً مُتَّصِلةً بفعلِ[3] الموهوبِ له، أو بغيرِ[4] فعلِه، سقَط الرُّجوعُ؛ وذلك لأنَّ الرُّجوعَ لا يُمكِنُ في العينِ دونَ الزيادةِ، ولا يجوزُ فيها مع الزيادةِ؛ لأنَّ هذه الزيادةَ لم تَدخُلْ تحتَ العقدِ، ولا يجِبُ[5] التَّسليمُ المُستَحَقُّ بالعقدِ، فلم يَصِحَّ[6] الفسخُ عليها كعينٍ أُخرَى، فلم يَبْقَ إلا أن لا يجوزَ الرُّجوعُ.

وقد قال الشافعيُّ: له الرُّجوعُ؛ لأنها زيادةٌ لو حَدَثَتْ قبلَ القبضِ لم يُمنَعِ الرُّجوعُ؛ كذلك إذا حَدَثَتْ بعدَه كالمُنفصِلةِ[7].

[8]قيل له: المُنفصِلةُ[8] يَصِحُّ نقلُ المِلْكِ في الأصلِ دونَها، فإذا امتَنع الفسخُ

---

(١) في (أ٢): «الهبة».

(٢) في (أ٢، ي): «الرجوع».

(٣) في (ي): «بعقد».

(٤) في (ي): «لعين».

(٥) في (ع): «تحت».

(٦) في (ي): «يستحق».

(٧) في (أ٢): «المتصلة». وينظر: «الحاوي» (٧/ ٥٤٥)، و«المهذب» (١/ ٤٤٧).

(٨-٨) ليس في: (ل).



فيها لم يُمنَعْ في الأصلِ، والزيادةُ المُتَّصِلةُ بخلافِ ذلك، ولا يلزمُ على هذا الزيادةُ المُنفصِلةُ في البيعِ؛ لأنَّ المانعَ[1] هناك أنَّها مُوجِبةٌ بالعقدِ، فلا يجوزُ أن تُسَلَّمَ للمُشتَرِي مع فسخِ العقدِ.

ومنها: أنَّ أحدَ المُتعاقِدَيْن إذا ماتَ سقَط حقُّ الرجوعِ، وذلك لأنَّ حقَّ الموهوبِ له انتقَل إلى ورثتِه، فصار كأنَّه انتقَل في حالِ حياتِه، هذا إذا ماتَ الموهوبُ له، فإنْ ماتَ الواهبُ، فإنَّ وارِثَه ليس هو الذي أوجَب المِلْكَ للموهوبِ له، فلم يَجُزْ له الرجوعُ في هبةِ مِلْكٍ لم يُوجِبْه، أصلُه الأجنبيُّ.

ومنها: أنَّ العينَ[2] الموهوبةَ إذا خرَجتْ مِن مِلْكِ الموهوبِ له سقَط الرجوعُ؛ لأنَّ اختلافَ المِلْكَيْن كاختلافِ [3]العينَيْن، فكما[3] لا يجوزُ أن يرجعَ في غيرِ العينِ التي وهَبها؛ كذلك لا يجوزُ أن يرجِعَ في غيرِ المِلْكِ الذي أوجَبه.

قال: وإنْ وهَب هبةً لذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه، فلا رجوعَ فيها.

وذلك لأنَّه قد حصَل له الثوابُ[4] بها، وهو صِلَةُ الرحمِ، فصار كأنَّه عوَّضَه عنها، وقد قال النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الواهبُ أحقُّ بهبتِه ما لم يُثَبْ عنها»[5].

(١) في (أ٢): «البائع».

(٢) هنا ينتهي الخرم في المخطوط (ج)، والذي بدأ بعد قول الشارح: «وجهُ الاستحسانِ: أنَّ الهبةَ تَقِفُ صِحَّتُها». تحت قول الماتن: «وإذا كانتِ العينُ في يدِ الموهوبِ له، مَلَكها بالهبةِ، وإن لم يُجدِّدْ فيها قَبْضًا».

(٣-٣) في (أ٢): «العين فكما»، وفي(ي): «العين كما».

(٤) في (ع): «التوارث».

(٥) تقدَّم.



وقد قال الشافعيُّ: للوالدِ أن يرجِعَ فيما وهَب لولدِه[1].

وهذا لا يَصِحُّ لظاهرِ الأخبارِ، ولِما روِي في حديثِ سَمُرةَ، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إذا كانتِ الهبةُ لذي رَحِمٍ مَحْرَمٍ لم يَرْجِعْ فيها»[2]. ولأنَّ بينَ الوالدِ والولدِ رَحِمًا كاملًا[3]، فلا يَرجِعُ أحدُهما فيما وهَب للآخرِ، أصلُه الأخوانِ[4]، ولأنَّه ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِن النَّسَبِ، فلا يَرجِعُ فيما وهَبه له، كالابنِ إذا وهَب للأبِ.

فإن قيل: روِي في حديثِ ابنِ عمرَ أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا يَحِلُّ لرجلٍ أن يُعطِيَ عَطِيَّةً، أو يَهَبَ هبةً، أن يَرجِعَ فيها إلا الوالدَ فيما يُعْطِي ولدَه»[5].

قيل له: هذا يَقْتضِي تحريمَ الرجوعِ إلا على الأبِ، وكذلك نقولُ؛ لأنَّ الأجنبيَّ لا يَحِلُّ له الرجوعُ حتى يُوافِقَه الموهوبُ له، أو يَحكُمَ له حاكمٌ،

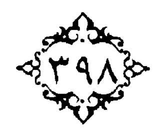
(١) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٣٤)، و«الحاوي» (٧/ ٥٤٤).

(٢) أخرجه الدارقطني (٢٩٧٣)، والبيهقي (٦/ ١٨١) من طريق عبد اللَّه بن جعفر، عن ابن المبارك، عن حماد بن سلمة، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة. قال الدارقطني: «انفرد به عبد اللَّه بن جعفر». وقال البيهقي: «ليس بالقوي». وقال ابن عبد الهادي في «التنقيح» (٤/ ٢٢٩): «واعلم أن حديث سمرة، رواته كلهم ثقات....، لكن الحديث منكر جدًّا، وهو أنكر ما روي عن الحسن، عن سمرة». وينظر: «التنبيه على مشكلات الهداية» (٥/ ٥٩٤).

(٣) كذا على الجادة من (ر، ق)، وفي باقي النسخ: «رحم كامل». وقد تقدَّم التنبيه مرارًا على صحة ذلك الرسم على لغة ربيعة بما يغني عن إعادته هنا.

(٤) في (ع): «الآخر».

(٥) أخرجه أبو داود (٣٥٣٩)، والترمذي (٢١٣٢)، والنسائي (٣٦٩٠)، وفي «الكبرى» (٦٤٨٤)، وابن ماجه (٢٣٧٧). وقال الترمذي: «حسن صحيح».



إلا الأبَ فإنَّه يَرجِعُ فيأخُذُ ما وهَبه عندَ الحاجةِ بغيرِ حُكْمٍ ولا رضًا، وقد يُسَمَّى ذلك رجوعًا، وإن كان بمِلْكٍ مُستقْبَلٍ؛ ألَا ترى أنَّ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ حمَل رجلًا على بعيرٍ، ثم أراد أن يشتريَه، فقال له النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تَعُدْ في صَدَقتِك»[1]. فجعَل ذلك عَوْدًا، وإن كان بمِلْكٍ مُسْتَقبَلٍ.

قال: وكذلك ما وهَبه أحدُ الزَّوجَيْن للآخرِ.

وذلك لأنَّ الزوجيَّةَ قد أُجرِيتْ مُجْرَى[2] القَرابةِ الكاملةِ، بدليلِ أنَّه يَتعلَّقُ [3]بها التَّوارثُ[3] في جميعِ الأحوالِ[4]، والقرابةُ الكاملةُ تمنَعُ الرجوعَ في الهبةِ، كذلك ما أُجرِي مُجْرَاها.

قال: وإذا قال الموهوبُ له للواهبِ: خُذْ هذا عِوَضًا عن هبتِك، أو [5]بدَلًا عنها[5]، أو في مقابلتِها، فقبَضه الواهبُ سقَط الرجوعُ.

وذلك لأنَّ كلَّ واحدةٍ[6] مِن هذه الألفاظِ يُفِيدُ ما يُفيدُه الآخرُ، والحكمُ يَتعلَّقُ بمعاني العقودِ دونَ العبارةِ، وقد اتَّفَقتْ هذه الألفاظُ في المعنى، فتَعلَّقَ الحكمُ بجميعِها.

قال: وإنْ عَوَّضَه أجنبيٌّ عن الموهوبِ له مُتبرِّعًا فقبَض العِوَضَ سقَط الرجوعُ.

---

(١) تقدَّم.

(٢) في (أ٢): «عن».

(٣-٣) في (أ٢): «بها الثواب»، وفي (ي): «هذا الثواب».

(٤) بعده في (س): «قال».

(٥-٥) في (أ٢، س، ض، ق): «بدلًا منها»، وفي (ي): «منها».

(٦) في (أ٢، س، ض، ق، ي): «واحد».



وذلك لأنَّه حقٌّ له في الفسخِ قبلَه يجوزُ أخذُ العِوضِ عنه، فإذا تبرَّع غيرُه بالعِوَضِ عنه جاز، وسقَط حقُّ الفسخِ، أصلُه إذا صالَحه عن عيبٍ بالمبيعِ.

قال: وإذا استُحِقَّ نصفُ الهبةِ رجَع بنصفِ العِوَضِ.

وذلك لأنَّه دفَع العِوَضَ لمنعِ الرجوعِ في جميعِ الهبةِ وأن يُسَلَّمَ له، فإذا اسْتَحَقَّ بعضَها ثبَت له الرجوعُ فيما بإزائِه مِن العِوَضِ؛ لأنَّه قد ظهَر أنَّه[1] أخذ ذلك المقدارَ بغيرِ حقٍّ لمَّا لم يَكُنْ له الرجوعُ في المُستَحَقِّ.

قال: وإنِ اسْتُحِقَّ نصفُ العِوَضِ لم يَرجِعْ في الهبةِ إلا أن يَرُدَّ ما بقِي مِن العِوَضِ، ثم يَرجِعَ.

وذلك (٢لأنَّ ما بقِي مِن العِوَضِ٢) يجوزُ أن يكونَ عِوَضًا في إسقاطِ الرجوعِ عن جميعِها، فصار كأنَّه لم يُعَوَّضْ إلا ذلك، إلا أنَّ للواهبِ الخيارَ في أن يَرُدَّ الباقيَ ويَرجِعَ في الهبةِ؛ لأنَّه قد غرَّه حينَ عوَّضَه لإسقاطِ الرجوعِ عِوَضًا لم يُسَلَّمْ له.

وقال زفرُ: يَرجِعُ في الهبةِ بقدرِ ما اسْتُحِقَّ[3].

ووجهُ قولِه: أنَّ استحقاقَ أحدِ العِوَضَيْن يُوجِبُ الرجوعَ بحِصَّتِه، أصلُه إذا استُحِقَّ بعضُ الهبةِ.

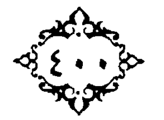
(٤**قال**: ولا يَصِحُّ الرجوعُ٤) إلا بتَراضِيهما، أو بحكمِ الحاكمِ.

---

(١) بعده في (س): «قد». (٢-٢) ليس في (س).

(٣) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٢٨)، و«العناية» (٩/ ٤٥).

(٤-٤) ما بين القوسين في (ي): «ولا يرجع».



وذلك لأنَّه فسخُ عقدٍ بعدَ تمامِ المِلْكِ فيه لمعنًى قارَنه، فلا يَصِحُّ مِن غيرِ قضاءٍ ولا رضا، (1)كالفسخِ بالعيبِ(1)، فإذا تراضَيا جاز؛ لأنَّ الحقَّ لهما وقد اتَّفَقا عليه، وأمَّا إذا حكَم به الحاكمُ فقد فسَخ في موضعٍ جُعِل له الفسخُ، فزالَ المِلْكُ بفسخِه، كما لو حكَم بالرَّدِّ بالعيبِ، وإذا انفسَخ العقدُ عادتِ(2) العينُ إلى مِلْكِ الواهبِ، كما كانَتْ قبلَ الهبةِ والقبضِ.

قال: وإذا تَلِفتِ العينُ الموهوبةُ واسْتَحَقَّها(3) مُسْتَحِقٌّ، فضَمَّنَ الموهوبَ له، لم يَرجِعْ على الواهبِ بشيءٍ.

وذلك لأنَّه لو رجَع عليه لرجَع لأجلِ الهبةِ، والهبةُ تَبَرُّعٌ فلا يُوجِبُ الضمانَ؛ ولأنَّ الرجوعَ إنما يَثبُتُ إذا غَرَّه، والغرورُ إنما يَثبُتُ في عقدٍ فيه بَدَلٌ كالبيعِ، أو قبضٍ يقعُ(4) للدافعِ كالوديعةِ، أو في الأمرِ بالتَّصَرُّفِ في شيءٍ يُضِيفُه إلى نفسِه؛ مثلَ أن يقولَ: اهدِمْ هذا الحائطَ، فإنَّه لي. ولم يُوجَدْ شيءٌ مِن ذلك، فلم يَثبُتْ له الرجوعُ.

قال: وإذا وهَب بشرطِ العِوَضِ اعْتُبِر التَّقابُضُ في العِوَضَيْن.

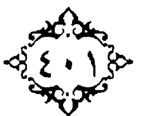
وذلك لأنَّ العقدَ فيهما عقدُ هبةٍ؛ بدليلِ أنَّه عقدٌ بلفظِ الهبةِ، ومِن شرطِ الهبةِ القبضُ، وكلُّ واحدٍ منهما هبةٌ، فوجَب اعتبارُ قبضِه.

(1-1) في (أ2، ض، ق، ي): «أصله الفسخ بالعيب».

(2) ليس في (ج).

(3) في (نسخة مختصر القدوري): «ثم استحقها».

(4) في (غ، ي): «ببيع»، وفي (س، ض): «نفع».



قال: فإذا تقابضا صَحَّ العقدُ، وصار في حكمِ البيعِ يُرَدُّ بالعيبِ وخيارِ الرُّؤيةِ وتجِبُ فيه الشُّفعةُ.

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ؛ لأنَّ الهبةَ بشرطِ العِوَضِ عندَ أصحابِنا عقدُها عقدُ هِبَةٍ وجوازُها جوازُ بيعٍ، وعندَ زفرَ عقدُها أيضًا عقدُ بيعٍ[١]. وهو أحدُ قولَي الشافعيِّ[٢].

وجهُ قولِهم: أنَّهما عبَّرا عنها بالهبةِ، وأثبَتا أحكامَ البيعِ مِن المعاوضةِ، فوجَب أن يُعطَى شبهَ العقدَيْن، فاعْتُبِر فيهما التَّقابُض وعدمُ الإشاعةِ كالهبةِ، ويَثبُتُ فيها الشُّفعةُ والرَّدُّ بالعيبِ كالبيعِ.

وجهُ قولِ زفرَ: أنَّه نقلُ مِلْكٍ بعِوَضٍ، وهذا معنى البيعِ ولا مُعْتَبَر باختلافِ العبارةِ؛ لأنَّ اختلافَ[٣] العبارةِ لا[٤] يُوجِبُ اختلافَ الحكمِ، كقولِه: مَلَّكتُك[٥]، وأَعْطَيتُك.

قال: والعُمْرَى جائزةٌ [٧]للمُعْمَرِ [٦]في حالِ[٦] حياتِه[٧]، ولوَرَثتِه مِن بعدِه.

وصفةُ العُمْرَى أن يقولَ: هذه الدارُ لكَ عُمْرَى، أو عُمُرَك، أو هي لك

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٥٠)، و«المبسوط» (١٢/ ٧٩).

(٢) ينظر: «الأم» (٣/ ٥٧)، و«بحر المذهب» (٧/ ٥٩، ٦٠).

(٣) في (س): «اختلال».

(٤) ليس في (ر).

(٥) في (ي): «وكلتك».

(٦-٦) ليس في (س، ض)، وفي (أ٢، ق): «حال»، وفي (غ): «مدة».

(٧-٧) في (ل): «فللمعمر جناية».



حياتَك، فإذا مِتَّ فهي رَدٌّ عليَّ. فكلُّ ذلك هبةٌ، والشرطُ باطلٌ، وهي هبةٌ[1] في حياتِه وبعدَ موتِه.

والأصلُ في ذلك: ما روِي عن جابرٍ، قال: «قال رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن أعمَر عُمْرَى حياتَه فهو لـه، ولِعَقِبه مِن بعدِه، يَرِثُها مَن يَرِثُه مِن بعدِه»[2].

وروِي عن جابرٍ مِن طريقٍ آخرَ، قال: «قضَى رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالعُمْرَى له ولِعَقِبه مِن بعدِه، ليس للمُعْطِي فيها شيءٌ»[3].

وإذا ثبَت أنَّ الشرطَ باطلٌ بَقِيتِ العُمْرَى مُجرَّدةً وهي في معنى الهبةِ، فتَصِحُّ بما تَصِحُّ به الهبةُ، وتَبطُلُ بما تَبطُلُ به الهبةُ.

قال: والرُّقْبَى باطلةٌ عندَ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ[4].

وقال أبو يوسفَ: هي [6]جائزةٌ. وبه قال الشافعيُّ[5].

وصفةُ الرُّقْبَى أن يقولَ[6]: هذه الدارُ لك رُقْبى. فتكونُ عاريةً عندَ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، إذا سَلَّمَها، وعندَ أبي يوسفَ هي هبةٌ، وقولُه: رُقْبَى. باطلٌ[7].

(1) من (ي). (2) أخرجه أبو داود (٣٥٥١) عن جابر. وتقدَّم أصله عند مسلم.

(3) أخرجه مسلم (١٦٢٥/ ٢٤).

(4) ينظر: «الأصل» (٣/ ٣٩٦، ٣٩٧)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ٣٨)، و«التجريد» (٨/ ٣٨١٨)، و«المبسوط» (١٢/ ١٥٩)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ١١٧).

(5) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٥٣٩)، و«بحر المذهب» (٧/ ٢٣٩، ٢٤٠)، و«حلية العلماء» (٦/ ٦٠-٦٤).

(6-6) ليس في (ي).

(7) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٦٠)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ١١٧).



وجهُ قولِهما: ما روَى شريحٌ: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجازَ العُمْرَى، وردَّ الرُّقْبَى»[1]، ولأنَّ المِلْكَ في الرُّقْبَى مُتعلِّقٌ بخطرٍ؛ لأنَّ معناها: إنْ مُتُّ قبلَك فهي لك، وإنْ مُتَّ قبلِي فهي لي. والمِلْكُ لا يجوزُ تعليقُه بخطرٍ حالَ الحياةِ، وليس كذلك العُمْرَى؛ لأنَّه أوجَب المِلْكَ في الحالِ؛ وإنما عُلِّقَ الفسخُ بالخطرِ، والفسخُ يجوزُ فيه ما لا يجوزُ في التمليكِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: ما روَى جابرٌ: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أجاز العُمْرَى لأهلِها والرُّقْبَى لأهلِها»[2]، وهذا محمولٌ على أنَّه أجازَها عاريةً.

فإن قيل: في حديثِ جابرٍ أيضًا: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا تُرْقِبوا، [4]ولا تُعْمِروا؛ فمَن أرقَب شيئًا، أو أعمَره، فهو لورثتِه»[3]. وهذا محمولٌ على الرُّقْبَى[4] الذي يُترَقَّبُ فيها الفسخُ، وذلك جائزٌ عندَنا؛ وإنما يُمنَعُ ما يُترَقَّبُ فيه المالُ[5].

قال: ومَن وهَب جاريةً إلَّا حَمْلَها، صَحَّتِ الهبةُ، وبطَل الاستثناءُ.

---

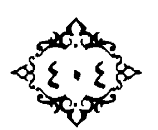
(١) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٢٨): «غريب». وقال ابن أبي العز في «التنبيه على مشكلات الهداية» (٥/ ٥٩٨): «لم يثبت رد الرقبى».

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٥٨) والترمذي (١٣٥١)، والنسائي (٣٧٤٢)، وفي «الكبرى» (٦٥٧١)، وابن ماجه (٢٣٨٣) من طريق هشيم، عن داود بن أبي هند، عن أبي الزبير، عن جابر. قال الترمذي: «هذا حديث حسن، وقد روى بعضهم عن أبي الزبير بهذا الإسناد، عن جابر، موقوفًا، ولم يرفعه».

(٣) تقدَّم.

(٤-٤) ما بين القوسين ليس في (س).

(٥) في (ع): «الملك».



وذلك لأنَّ العقدَ يَقْتَضِي دخولَ الولدِ؛ لأنه في حكمِ جزءٍ منها، فإذا بقِي مُوجِبُ العقدِ صَحَّتْ، وبطَل الشرطُ، كما قلنا في العُمْرَى.

قال: والصدقةُ كالهبةِ لا تَصِحُّ إلا بالقبضِ، ولا تجوزُ في مُشاعٍ يحتمِلُ القسمةَ.

وذلك لأنها عقدُ تَبَرُّعٍ، فلا يَتِمُّ بمجردِ العقدِ كالهبةِ، وإذا ثبَت أنَّ مِن شرطِها القبضَ، وكانتِ الإشاعةُ تُؤَثِّرُ في القبضِ، كان نفيُ الإشاعةِ شرطًا.

قال: وإذا تَصَدَّقَ على فقيرَيْن بشيءٍ[1] جاز.

لِما بَيَّنَّا أنَّ المقصودَ بالصدقةِ هو اللَّهُ تعالى، وهو واحدٌ، والفقراءُ يقومُون مقامَه في القبضِ، فصار بمنزلةِ الهبةِ مِن واحدٍ إذا وَكَّل وكيلَيْن بقبضِها.

قال: ولا يَصِحُّ الرجوعُ في الصدقةِ[2].

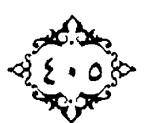
وذلك لأنَّ المقصودَ منها الثوابُ، وقد سَلِم له ذلك مِن جهةِ اللَّهِ تعالى، فلم يَصِحَّ الرجوعُ، وكذلك لو وهَب لفقيرٍ على وجهِ الحاجةِ فليس له الرجوعُ؛ لأنَّ الاعتبارَ في العقودِ بالمعنى دونَ اللفظِ، ومعنى الهبةِ للفقيرِ هو الصدقةُ، فلذلك لم يَصِحَّ رجوعُه.

وقد قالوا: لو تصدَّق على غنيٍّ فالقياسُ أن يكونَ له الرجوعُ؛ لأنَّ المقصودَ منها العِوَضُ، فيكونُ هبةً ويكونُ له الرجوعُ، إلا أنَّهم اسْتَحْسنوا، فقالوا: لا يرجِعُ؛ لأنَّه عبَّر عنها بالصدقةِ، ولو أراد الهبةَ[3] ....

(١) ليس في (ج).

(٢) بعده في (نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٢٢٢): «بعد القبض».

(٣) في (س): «الصدقة».



لعبَّر عنها[1] بلفظِها، والصدقةُ لا يَثبُتُ فيها الرجوعُ[2].

قال: ومَن نذر أن يَتصدَّقَ بمالِه، تصدَّقَ[3] بجنسِ[4] ما تجِبُ فيه الزكاةُ.

وهذا الذي ذكَره اسْتِحسانٌ، والقياسُ أن يلزمَه أن يَتصدَّقَ بجميعِ مالِه؛ لأنَّ اسمَ المالِ يتناولُ القليلَ والكثيرَ وسائرَ الأجناسِ؛ إلا أنَّهم اسْتَحْسنوا، وقالوا: يَختَصُّ النَّذْرُ بالأموالِ التي تَجِبُ فيها الزكاةُ؛ لأنَّ النُّذورَ محمولةٌ على أصولِها في الفروضِ، والصدقةُ التي تَتعلَّقُ باسمِ المالِ هي الزكاةُ، وهي تَتعلَّقُ ببعضِ الأموالِ، وكذلك النَّذْرُ.

قال: ومَن نذَر أن يَتصدَّقَ (٥بمِلْكِه لزِمه٥) أن يَتصدَّقَ بالجميعِ، ويُقالُ له: أَمْسِكْ منه ما تُنفِقُه على نفسِك وعيالِك إلى أن تكتسِبَ، فإذا اكتسَبتَ مالًا تَصدَّقتَ بمثلِ ما أمسَكتَ[6].

وذلك لأنَّ المِلْكَ[7] عبارةٌ عما يُملَكُ، وذلك موجودٌ في جميعِ الأموالِ، فلزِمه أن يَتصدَّقَ بها، وإنما كان له إمساكُ قَدْرِ النَّفقةِ؛ لأنَّه لو تصدَّق بالجميعِ احتاجَ إلى[8] أن يَتصدَّقَ عليه، فيَلْحَقَه بذلك مَضَرَّةٌ، فجُوِّزَ له أن يَصْرِفَ

---

(١) من (أ٢، س، ق، ي).

(٢) ينظر: «شرح السير الكبير» (٢٠٨٠)، و«المحيط البرهاني» (٦/ ٢٦٤).

(٣) في (نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣٣٢): «لزمه أن يتصدق».

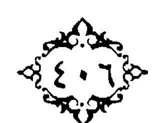
(٤) في (ي): «بجزء».

(٥-٥) في (ي): «بالجميع يؤمر».

(٦) بعده في (ي): «فيتصدق بمثل ما اكتسب».

(٧) في (ي): «المال».

(٨) من (س).



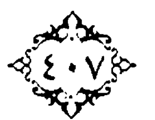
ذلك القَدْرَ إلى منفعةِ نفسِه، فإذا اكتسَب مالًا تصدَّق بمثلِه؛ لأنَّه انتَفع به مع وجوبِ[1] إخراجِه مِن مِلْكِه في الصدقةِ، فكان عليه عِوَضٌ[2]، كمَن أنفَق مالَه بعدَ وجوبِ الزكاةِ فيه.

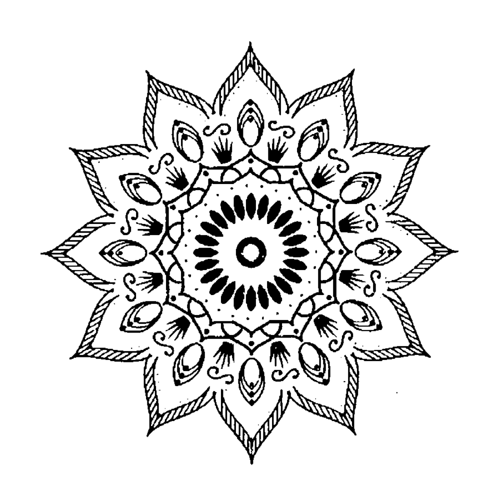
وقد قالوا: إنه يُمسِكُ مقدارَ ما يعلمُ أنه يَكْفِيه إلى أن يكتسبَ.

والله أعلم

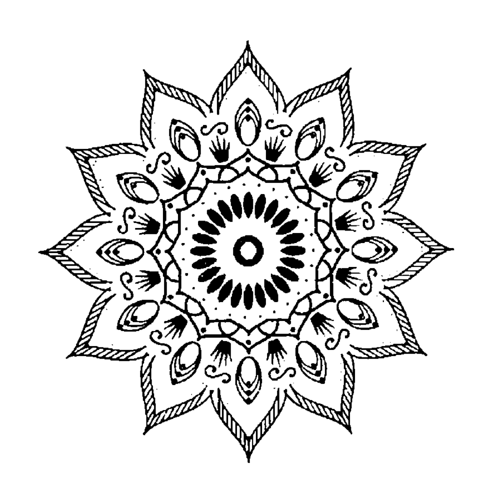
(١) في (ي): «وجود».

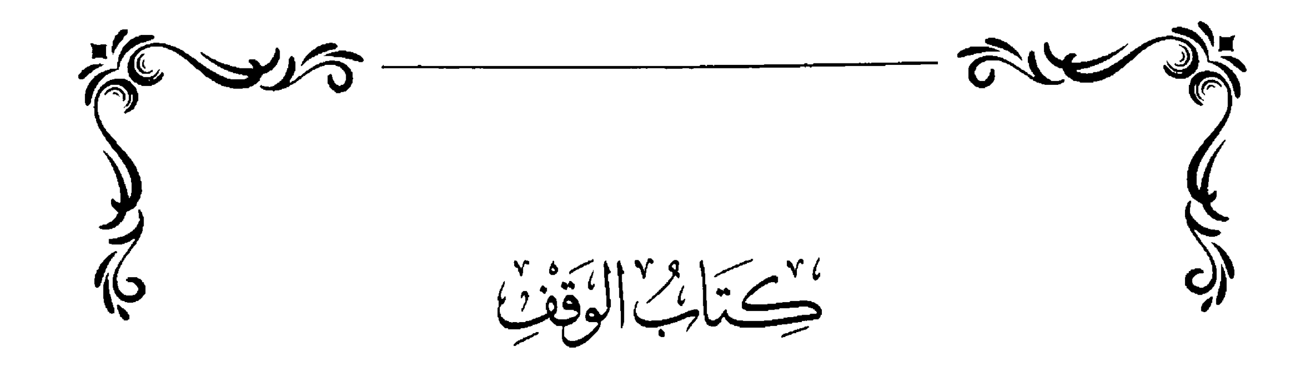
(٢) في (ج، س، غ، ل): «عوضه».





كِتَابُ الوَقْفِ





كتاب الوقف

الأصلُ في جوازِ الوقفِ: ما روِي: أنَّ عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ قال للنبيِّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: إنِّي أَصَبتُ أرضًا[1] بخيبرَ، لم أُصِبْ مالًا قَطُّ أنفسَ[2] منه، فما تأمُرُني؟ فقال: «إنْ شئتَ حبَستَ أصلَها، وتَصدَّقتَ بثمرتِها»[3]. وروِي أنَّه قال له: «تَصدَّقْ بأصلِها؛ لا يُباعُ، ولا يُوهَبُ، ولا يُورَثُ». فجعَلها عمرُ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ للفقراءِ والمساكينِ»[4].

وقد روِي عن عليٍّ أنَّه وقَف، وعن أبي بكرٍ، وعمرَ، وعثمانَ، وأكثرِ الصحابةِ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُمْ أنَّهم وقَفوا[5].

---

(١) قال القاضي عياض في «مشارق الأنوار» (١/ ١٣٦): «هذه الأرض يقال لها: ثَمْغٌ. بإسكان الميم، وقيَّده المهلب بفتحها».

(٢) في (ي): «العشر».

(٣) أخرجه البخاري (٢٧٣٧)، ومسلم (١٦٣٢/ ١٥) عن ابن عمر».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٨): «الحُبُس بضم الحاء المهملة، وضم الموحدة، وآخره سين مهملة: جمع حبيس، وهو كل ما وقفته لوجه اللَّه عَزَّوَجَلَّ، حيوانًا كان أو أرضًا أو دارًا، وبسكون الموحدة: المصدر من حَبَس يحبس، فإطلاق الحبس بضمتين، ولا حبس عن فرائض اللَّه بلفظ المصدر».

(٤) أخرجه البخاري (٢٧٦٤).

(٥) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (٢١٣٢٩-٢١٣٣٤)، و«سنن البيهقي» (٦/ ١٦١).

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: لا يزولُ مِلْكُ الواقفِ عن الوقفِ عندَ أبي حنيفةَ إلا أن يَحكُمَ به حاكمٌ، أو يُعَلِّقَه بموتِه، فيقولُ: إذا مُتُّ فقد وقَفتُ دارِي على كذا. وقال أبو يوسفَ: يزولُ المِلْكُ بمُجرَّدِ القولِ. وقال محمدٌ: لا يزولُ حتى يجعَلَ للوقفِ وليًّا ويُسَلِّمَه[1] إليه[2].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ، وهو قولُ زفرَ: ما رُوِي عن ابنِ عباسٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، أنَّه قال: لمَّا نزلتِ الفرائضُ، قال النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا حبسَ عن فرائضِ اللَّهِ تعالى»[3].

وعن شُرَيحٍ أنَّه قال: «جاء محمدٌ [4]ببيعِ الحَبِيسِ[4]. يعني: دَيْنَ محمدٍ»[5]. وهذا لا يُعلَمُ إلا مِن طريقِ التوقيفِ.

ولِما روَى بشيرُ[6] بنُ محمدِ بنِ[7] عبد اللَّهِ بنِ زيدٍ الأنصاريُّ: «أنَّ عبدَ اللَّهِ تصدَّق بحائطٍ له، فأتَى أبواه النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقالا: يا رسولَ اللَّهِ، إنَّها كانَتْ

---

(١) في (ي): «يسلم».

(٢) ينظر: «التجريد» (٨/ ٣٧٨١)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢١٩، ٢٢٠)، و«الهداية» (٣/ ١٣، ١٤).

(٣) أخرجه الدارقطني (٤٠٦٢) من طريق عمرو بن خالد، ثنا ابن لهيعة، عن أخيه عيسى بن لهيعة، عن عكرمة، عن ابن عباس. وقال الدارقطني: «لم يسنده غير ابن لهيعة، عن أخيه، وهما ضعيفان».

(٤-٤) رسم بغير نقط في (أ٢، ي)، وفي (س): «ينبع الحبس»، وفي (ع، ق): «ببيع الحبس».

وبيع الحبيس: أي: بجواز ما حبَسوه بالوقف على هذا الوجه. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص١٠٥).

(٥) أخرجه البيهقي (٦/ ١٦٣).

(٦) في (ع، ق): «بشر».

(٧) بعده في (ج): «أبي».



في وُجُوهِنا، ولم يَكُنْ لنا مالٌ غيرُه. فدَعا عبدَ اللَّهِ، فقال: «إنَّ اللَّهَ تعالى قد قبِل منك صدقتَك ورَدَّها على أبوَيْك». قال بشيرٌ[1]: فتوارَثْناها بعدَ ذلك»[2]. ولأنَّه إزالةُ مِلْكٍ لا إلى مالكٍ مِن غيرِ إتلافٍ، فلم يَزُلِ المِلْكُ به، أصلُه إذا قال: وَهَبتُ لواحدٍ مِن الناسِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ، ومحمدٍ، في[3] أنَّه لا يحتاجُ إلى حكمِ الحاكمِ: ما روِي أنَّ عمرَ قال للنبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنِّي أَصَبتُ سهمًا بخيبرَ، لم أُصِبْ مالًا أنفسَ منه». فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «احبِسْ أصلَها، وتَصَدَّقْ بثمرتِها». فذكَر عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في كتابِه أن لا يُباعَ ولا يُوهَبَ ولا يُوَرَّثَ[4]. فدَلَّ على أنَّ ذلك مُقْتَضى الحبسِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ، في أنَّ الوقفَ يَصِحُّ بمجردِ القولِ، وهو قولُ الشافعيِّ[5]: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وقَف»[6]، وهذا لا دلالةَ فيه؛ لأنَّ المانعَ عندَنا مِن

---

(١) في (ع): «بشر».

(٢) أخرجه الدارقطني (٤٤٤٩) من طريق بشير بن محمد، عن عبد اللَّه بن زيد. وقال الدارقطني: «هذا مرسل بشير بن محمد لم يدرك جده عبد اللَّه بن زيد».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٨): «وجوهنا: أي مقاصدنا».

(٣) من (ج، س).

(٤) تقدَّم.

(٥) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٥١٤)، و«نهاية المطلب» (١٢/ ٧٧)، و«البيان» (٨/ ٥٧).

(٦) أخرجه البخاري (٢٧٣٩) عن عمرو بن الحارث قال: «ما ترَكَ رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عند مَوتِهِ دِرهمًا ولا دينارًا ولا عَبدًا ولا أمَةً ولا شيئًا، إلَّا بغلتَه البيضاءَ، وسلاحَه وأرضًا جَعَلَها صدقةً».



الوقفِ حقُّ الورثةِ، ورسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يُوَرَّثْ، فلمَّا سقَطتْ[1] سهامُ المواريثِ مِن تركتِه صار بمنزلةِ سائرِ الناسِ قبلَ نزولِ المواريثِ، فأمَّا خبرُ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ووقفُه فلا دلالةَ فيه؛ لأنَّه يحتمِلُ أن يكونَ قبلَ نُزُولِ سورةِ النساءِ، فلا يكونُ فيه دلالةٌ بالشَّكِّ[2].

فإن قيل: إزالةُ مِلْكٍ لا إلى مالكٍ، فصَحَّ بمجردِ القولِ كالعتقِ.

قيل له: العتقُ هو إتلافُ المِلْكِ، وإتلافُ المِلْكِ يَصِحُّ بمجردِ القولِ كالطلاقِ والبراءةِ مِن الدُّيونِ؛ فأمَّا الوقفُ فهو تَبَرُّعٌ بالمِلْكِ مع بقاءِ المملوكِ، فلا يلزمُ بمجردِ القولِ كالهبةِ.

وجهُ قولِ محمدٍ: أنَّه تَبَرُّعٌ في حالِ الحياةِ مِن غيرِ إتلافٍ، فوُقِف على القبضِ كالهبةِ.

قال: فإذا اسْتُحِقَّ[3] الوقفُ على اختلافِهم، خرَج مِن مِلْكِ المُوقِفِ[4]، ولم يَدخُلْ في مِلْكِ المُوقَفِ عليه[5].

ومِن أصحابِ الشافعيِّ مَن قال: يَدخُلُ في مِلْكِ المُوقَفِ عليه[6].

---

(١) في (ي): «أسقط».

(٢) ينظر: «التجريد» (٨/ ٣٧٨١)، و«الهداية» (٣/ ١٣)، و«العناية» (٦/ ٢٠٣).

(٣) في (نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣٣٤): «صح».

(٤) في (أ٢، غ، ق، ل، ي، ونسخة مختصر القدوري): «الواقف».

(٥) في (أ٢، غ، ق، ي، ونسخة مختصر القدوري): «الموقوف عليه».

(٦) وهو ظاهر المذهب، ينظر: «الأم» (٣/ ٢٠٧)، و«المهذب» (١/ ٢٦٣)، و«نهاية المطلب» (١٧/ ٢٩٣)، و«كفاية النبيه» (١٢/ ٤١-٤٣).

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنَّ المِلْكَ لو انتقَل إلى المُوقَفِ عليه لم يَجُزْ أن يَتوَقَّفَ مِلْكُه[1] كسائرِ الأملاكِ، فلمَّا صَحَّ أن يُوقَفَ عليه سنةً[2]، ومِن بعدِها على غيرِه، دلَّ أن المِلْكَ لا يَنتقِلُ، ولو انتقَل المِلْكُ لم يَنتقِلْ عن المُوقَفِ عليه بشرطِ المالكِ الأولِ، كسائرِ الأملاكِ[3].

فإن قيل: سببٌ إذا طرَأ على المِلْكِ لم يُخرِجْه عن حُكْمِ الماليةِ، فوجَب أن يكونَ له مالكٌ يملِكُه كالبيعِ، وعكسُه العتقُ، وهذا يَبطُلُ بآلةِ المسجدِ وستارةِ الكعبةِ.

قال: ووقفُ المُشاعِ جائزٌ عندَ أبي يوسفَ.

وبه قال الشافعيُّ[4]، وقال محمدٌ: لا يَصِحُّ[5].

وجهُ قولِ محمدٍ: أنَّ القبضَ شرطٌ في صِحَّةِ الوقفِ على أصلِه، والإشاعةُ تؤثِّرُ في القبضِ، فمنَع ذلك مِن صِحَّتِه، كما منَع مِن صِحَّةِ الهبةِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: «أنَّ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ملَك مئةَ سهمٍ بخيبرَ، فقال له النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «حَبِّسْ[6] أصلَها»[7].

---

(١) في (ج، غ، ل): «عليه».

(٢) في (ي): «شبه».

(٣) قال في حاشية (ح): «وفائدة هذا الخلاف تظهر فيما إذا كان الموقوف عبدًا، وتعطل عن الكسب فنفقته على الموقوف عليه عند الشافعي، وفي بيت المال عندنا».

(٤) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٥١٩)، و«بحر المذهب» (٧/ ٢١٦)، و«حلية العلماء» (٦/ ١٢).

(٥) ينظر: «التجريد» (٨/ ٣٧٩٤)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٢٠)، و«المحيط البرهاني» (٦/ ١١٢- ١١٤).

(٦) في (أ٢، س): «احبس».

(٧) تقدَّم أصله في «الصحيحين». وهذا اللفظ أخرجه النسائي (٣٦٠٤).

قيل له: قد روِي: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قسَم خيبرَ بينَ أصحابِه»[1].

وقولُه: مئةَ سهمٍ. يعني: ما[2] أصابَه بالقسمةِ بمئةِ سهمٍ، ولو ثبَت ذلك دلَّ على جوازِ الوقفِ، والكلامُ في لزومِه وليس في الخبرِ ما يَدُلُّ على لزومِه.

قال: ولا يَتِمُّ الوقفُ عندَ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ حتَّى يَجعَلَ آخرَه لجهةٍ لا تَنقطِعُ أبدًا، وقال أبو يوسفَ: إذا سَمَّى فيه جهةً تَنقطِعُ جاز، وصار بعدَها للفقراءِ، وإن لم يُسَمِّهم[3].

وجهُ قولِهما: أنَّ الوقفَ مِن شرطِه التَّأبيدُ؛ بدليلِ أنَّه لو وَقَّتَه[4] لم يَصِحَّ، فإذا جعَله على ما تَنقطِعُ، فقد تَوَقَّتَ[5] مِن طريقِ المعنى، فلم يَصِحَّ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ والصحابةَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ وقَفوا، ولم يُنقَلْ عن أحدٍ منهم أنَّه جعَل آخرَه للفقراءِ.

قال: ويَصِحُّ وقفُ العقارِ.

وذلك لِما روِي أنَّ جماعةً مِن الصحابةِ وقَفوا العقارَ[6].

قال: ولا يَصِحُّ وقفُ ما يُنقَلُ ويُحَوَّلُ، وقال أبو يوسفَ: إذا وقَف ضَيْعةً ببقرِها وأَكَرَتِها، وهم عبيدُه، جاز. وقال محمدٌ: يجوزُ حبسُ الكُراعِ والسِّلاحِ.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٣٣٤) عن عمر.

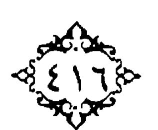
(٢) في (أ٢، ق): «يعني: مالًا»، وفي (ي): «بمعنى مالًا».

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٢٠)، و«الهداية» (٣/ ١٥)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٣٢٦)، و«العناية» (٦/ ٢١٣).

(٤) في (أ٢، س، ض، ي): «وقفه».

(٥) في (س): «وقف».

(٦) تقدَّم.



وقال الشافعيُّ: ما يَبْقَى أصلُه إذا أمكَن الانتفاعُ به مع بقاءِ عينِه، وجاز بيعُه جاز وقفُه[1].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّه مما يُنقَلُ ويُحَوَّلُ، فلا يَصِحُّ وقفُه كالطيرِ[2] والطعامِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ العقارَ إنما جاز وقفُه لإمكانِ الانتفاعِ بِغَلَّتِه، وهذا موجودٌ فيما سِواه فوجَب أن يجوزَ.

وجهُ قولِ محمدٍ: أنَّ القياسَ أن لا يجوزَ وقفُ المنقولاتِ لِما فيه مِن معنى التوقيتِ[3]، وإنما ترَكوا القياسَ في السلاحِ والكُراعِ؛ لِما رُوِي أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «أمَّا خالدٌ فقد حبَس أَدْرُعًا له وأفراسًا في سبيلِ اللَّهِ»[4]. واستدلَّ الشافعيُّ بهذا الخبرِ أيضًا[5].

والجوابُ: أنَّه حبَسها، بمعنى أنه جعَلها للاستعمالِ في سبيلِ اللَّهِ، ولم يُعِدَّها للتجارةِ؛ ألَا ترى أنَّه أضافَها إليه، وهذا يَدُلُّ أنها على مِلْكِه، ولو كان الوقفُ قد لزِم فيها لم يَكُنْ على مِلْكِه، فإن قاسُوا على العقارِ، قلنا: العقارُ يَبْقَى على وجهِ الدهرِ، فلم يَتَوقَّتْ[6] وقفُه، والمنقولاتُ لا تبقَى فيَتَوقَّتُ وقفُها.

---

(١) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٥١٧)، و«بحر المذهب» (٧/ ٢١٥)، و«الإقناع» للماوردي (ص ١٠٠).

(٢) في (ج، ض، ع، غ، ل): «كالطيب».

(٣) في (ع): «التوقيف».

(٤) أخرجه البخاري (١٤٦٨)، ومسلم (٩٨٣) عن أبي هريرة.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٨): «الأدراع: جمع درع، وهي الزردية».

(٥) ينظر: «الحاوي» (٣/ ٢٨٣)، و«نهاية المطلب» (٣/ ١٧٣).

(٦) في (ج، ع، ي): «يتوقف».



قال: وإذا صَحَّ الوقفُ لم يَجُزْ بيعُه ولا تمليكُه، إلا أن يكونَ مُشاعًا عندَ أبي يوسفَ، (١فيطلُبَ الشَّريكُ القسمةَ فتَصِحُّ مُقاسَمتُه.

وذلك لأنَّ هذا إزالةُ مِلْكٍ لا إلى مالكٍ، فلا يَصِحُّ بيعُه وتمليكُه كالعتقِ.

وأمَّا قولُ أبي يوسفَ١) في قسمةِ المُشاعِ: فلأنَّ القسمةَ الغالبُ منها تمييزُ الحقوقِ وتعديلُ الأنصباءِ؛ بدليلِ أنَّه لا يجِبُ فيها الشُّفعةُ، والممنوعُ منه هو التمليكُ، ولم يُوجَدْ.

وعن أبي يوسفَ: أنَّ المُوقِفَ إذا شرَط لنفسِه بيعَ الوقفِ وصرفَ ثمنِه إلى ما هو أفضلُ منه جازَ؛ لِما روِي: «أنَّ عليًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ شرَط أن يَلِيَ وقفَه الحسنُ، ثُمَّ الحسينُ، فإذا احْتَاجا فلهما بيعُه وقسمتُه؛ ثُلُثٌ في سبيلِ اللَّهِ، وثُلُثٌ في الرِّقابِ، وثُلُثٌ في بني هاشمٍ وبني عبدِ المطلبِ، ولم يَجعَلْ لغيرِهما مِن ولدِه ذلك»[٢].

ولأنَّ البيعَ لا يُنافِي الوقفَ؛ بدليلِ أنَّه يجوزُ بيعُ الفرسِ إذا هرِم، وحُصرِ المسجدِ إذا خَلِقتْ، وما لا يَنْفِيه الوقفُ يجوزُ شرطُه فيه.

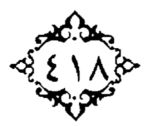
قال: والواجبُ أن يُبْتدأَ مِن ارتفاعِ الوقفِ بعمارتِه شَرَطَ ذلك المُوقِفُ[٣]، أو لم يَشْرُطْ.

وذلك لأنَّ المقصودَ مِن الوقفِ الغَلَّةُ، وبقاؤُه على وجهِ التأبيدِ، فكلُّ ما يحتاجُ إليه مِن النَّفقةِ والمُؤَنِ التي تكونُ سَببًا لزيادةِ الغَلَّةِ وتأبيدِ الوقفِ، فهو

(١-١) ما بين القوسين ليس في (ي)، وهو انتقال نظر بيِّن.

(٢) لم أهتدِ إليه.

(٣) في (ي): «الواقف».



مُسْتَثْنًى[1] مِن الغَلَّةِ كآلَةِ الوقفِ.

قال: فإن وقَف دارًا على سُكْنَى ولدِه فالعمارةُ على مَن له السُّكْنَى.

وذلك لأنَّ الانتفاعَ بها لا يُمكِنُ إلا بالعمارةِ، فكانتِ النَّفقةُ على مَن له المنفعةُ، أصلُه العبدُ المُوصَى بخدمتِه.

قال: فإن امتنَع مِن ذلك أو كان فقيرًا آجَرَها الحاكمُ وعَمَرَها بأُجْرتِها، فإذا عَمِرتْ[2] رَدَّها إلى مَن له السُّكْنَى.

وذلك لِما بَيَّنَّا أنَّ العِمارةَ على مَن له السُّكْنَى، فإذا امتَنع كان للحاكمِ إجارةُ العينِ للإنفاقِ عليها، كما لو كان له عبدٌ أو بهيمةٌ فامتَنع مِن الإنفاقِ عليهما[3].

قال: وما انهدَم مِن بناءِ الوقفِ وآلتِه صرَفه الحاكمُ في عمارةِ الوقفِ إنِ احتاجَ، وإنِ اسْتَغْنَى عنه أمسَكه حتى يحتاجَ إلى عمارتِه فيَصْرِفَه فيها.

وذلك لأنَّه يجِبُ عمارةُ الوقفِ ليَبْقَى على وجهِ التأبيدِ؛ فإذا احتاجَ إلى الآلةِ

---

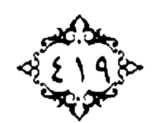
(١) في (ي): «مسببًا».

(٢) في (نسخة مختصر القدوري): «صارت عامرة». وقال في حاشية (ح):

«طويلة العمر تسمَّى عَمِرَت
والدار من بعد الخراب عَمَرَت
والأرض إذ تزرع تسمَّى عَمُرَت
من بعد ما أشفت على البوار».

والظاهر أنها جزء من منظوم على بحر الرجز أشبه ما يكون بالمثلثات، ولم أقف على نسبتها لأحد، فاللَّه أعلم.

(٣) في (أ٢، س، ض، ي): «عليها».



صرَفها فيه، وإنِ اسْتَغْنَى في الحالِ استظهَر في حفظِها له حتى لا تَتعذَّرَ العمارةُ وقتَ الحاجةِ، فيَبطُلُ المقصودُ مِن الوقفِ.

قال: ولا يجوزُ أن يَقْسِمَه بينَ مُسْتَحِقِّي الوقفِ.

وذلك لأنَّه جزءٌ مِن العينِ الموقوفةِ، وليس للمُوقَفِ عليه حقٌّ في العينِ، وإنما حَقُّهم في المنافعِ والغَلَّةِ، فأمَّا الرَّقبةُ فهي حقُّ اللَّهِ تعالى، فلا يَدفَعُ إليهم ما ليس بحَقٍّ لهم.

قال: وإذا جعَل المُوقِفُ غَلَّةَ الوقفِ لنفسِه، أو جعَل الولايةَ إليه جاز عندَ أبي يوسفَ.

وقال محمدٌ: لا يجوزُ[1]. وبه قال الشافعيُّ[2].

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: ما رِوي: «أنَّ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ وقَف ووَلِيَه بنفسِه وشرَط فيه، فقال: ولا بأسَ لمَن وَلِيَه أن يأكُلَ منه غيرَ مُتَموِّلٍ»[3]؛ ولأنَّه إزالةُ مِلْكٍ على وجهِ القُرْبةِ، فكان له الانتفاعُ به، أصلُه بناءُ المسجدِ والسِّقايةِ.

وجهُ قولِ محمدٍ: أنَّ مِلْكَ الواقفِ[4] لا يَنتقِلُ إلى المُوقَفِ عليه، وإنما

(١) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١٦٤، ١٦٣)، و«النتف» (١/ ٥٢٤)، و«المبسوط» (١٢/ ٤١)، و«الهداية» (٣/ ١٧ - ١٩)، و«العناية» (٦/ ٢٢٥).

(٢) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٥٢٣)، و«التنبيه في الفقه» (ص ١٣٧)، و«حلية العلماء» (٦/ ٢٢)، و«البيان» (٨/ ١٠٠).

(٣) هو جزء من حديث «الصحيحين» المتقدِّم تخريجه في صدر الباب.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ١٩٩): «غير مُتَمَوِّل: أي لا يجعله مالًا له».

(٤) في (ج): «الوقف».

له الانتفاعُ به على حكمِ مِلْكِ المُوقِفِ، فإذا شرَط الانتفاعَ لنفسِه فكأنَّه ملَك نفسَه؛ وذلك لا يجوزُ، (١كما لا يجوزُ١) أن يبيعَ مِن نفسِه(٢).

والجوابُ: أنَّه ليس يُمَلِّكُ نفسَه بالوقفِ، ولكنَّه تصدَّق واسْتَثْنى الانتفاعَ مِن جملةِ ما تصدَّق به، فكأنَّه تصدَّق بما سِوى ما شرَط لنفسِه.

قال: وإذا بنَى مسجدًا لم يَزُلْ مِلْكُه عنه حتى يُفرِدَه عن مِلْكِه بطريقِه، ويَأْذَنَ للناسِ في الصلاةِ فيه، فإذا صَلَّى فيه واحدٌ زالَ عندَ أبي حنيفةَ مِلْكُه، وقال أبو يوسفَ: يزولُ مِلْكُه بقولِه: جَعَلْتُه مسجدًا(٣).

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ، وهو قولُ محمدٍ: أنَّه إزالةُ مِلْكٍ لا إلى مالكٍ مِن غيرِ إتلافٍ، فلا يَصِحُّ بمجردِ القولِ كقولِه: (٤وهبتُ لواحدٍ٤) مِن الناسِ. وإنما زالَ المِلْكُ(٥) بالصلاةِ؛ لأنَّ المسجدَ يُبْنَى لحقِّ اللَّهِ تعالى، وفعلُ المُصَلِّي يقومُ مقامَ القبضِ للَّهِ تعالى، فصار كالصدقةِ المقبوضةِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّه إزالةُ مِلْكٍ لا إلى مالكٍ، فصَحَّ بمجردِ القولِ كالعتقِ.

وأمَّا قولُه: حتى يُفرِدَه بطريقِه. فصحيحٌ على قولِ أبي حنيفةَ فيمَن جعَل وسطَ دارِه مسجدًا، وأذِن للناسِ في الصلاةِ فيه، أنَّه لا يصيرُ مسجدًا عندَه (٦حتى يُفرِدَ له طريقًا. وقال أبو يوسفَ: يصيرُ مسجدًا٦).

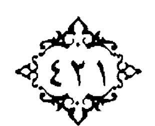
(١-١) ليس في (أ٢، ي). (٢) في (ي): «نفله»، وفي (س): «نصيبه».

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢١٩)، و«الهداية» (٣/ ١٩)، و«العناية» (٦/ ٢٢٣).

(٤-٤) في (ي): «أو أحد».

(٥) في (ي): «ملكه».

(٦-٦) ليس في (ي).



وجهُ قولِ أبي حنيفةَ[1]: أنَّ المسجدَ لا يصيرُ مسجدًا على أصلِه إلا بالصلاةِ فيه بالإذنِ، وإذا لم يُبيِّنِ الطريقَ كان له منعُ الناسِ منه، فصار كالدارِ المشتركةِ إذا جعَلها مسجدًا أنَّه لا يَصِحُّ لمَّا تعلَّق به حقُّ المنعِ[2] للآدميِّ، كذلك هذا.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّه لمَّا رضِي بكونِه مسجدًا، وذلك لا يكونُ إلا بالطريقِ، دخَل فيه مِن طريقِ الحكمِ؛ كمَن استأجَر بيتًا، ولم يَذكُرِ الطريقَ [3]أنَّ الطريقَ يَدخُلُ[3] في الإجارةِ، وإن لم يَذكُرْه لمَّا لم يُمكِنِ الانتفاعُ به إلا بالطريقِ، كذلك هذا.

قال: ومَن بنَى سِقايةً للمسلمين، أو خانًا يَسكُنُه بنو السَّبيلِ، أو رِباطًا، أو جعَل أرضَه مَقْبرةً، لم يَزُلْ مِلْكُه عن ذلك بالقولِ[4]، عندَ أبي حنيفةَ، حتى يَحكُمَ به حاكمٌ. وقال أبو يوسفَ: يزولُ مِلْكُه [5]عن ذلك[5] بالقولِ. وقال محمدٌ: إذا استقَى الناسُ مِن السِّقايةِ، وسكَنوا الخانَ والرِّباطَ، ودفَنوا في المقبرةِ زالَ المِلْكُ[6].

أمَّا أبو حنيفةَ فبنَى على أصلِه أنَّ المِلْكَ في الوقفِ لا يزولُ حتى يَحكُمَ به حاكمٌ.

---

(١) في (ي): «أبي يوسف».

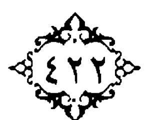
(٢) في (ي): «البيع».

(٣-٣) في (ي): «يأخذ».

(٤) من (ع).

(٥-٥) ليس في (نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣٣٨).

(٦) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٠)، و«الاختيار» (٣/ ٤٥)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٣٣١).



وعندَ أبي يوسفَ يزولُ المِلْكُ بمجردِ القولِ، وقد بَيَّنَّا ذلك.

أمَّا محمدٌ فمِن أصلِه اعتبارُ القبضِ في زوالِ المِلْكِ المُوقَفِ، إلا أنَّ القبضَ (1لا يَتَأَتَّى في هذه المواضعِ، فاعْتَبَرَ1) ما يقومُ مقامَه، وهو وجودُ بعضِ المقصودِ بالوقفِ.

وقد قال محمدٌ: إذا خرِب جدارُ[2] المسجدِ واسْتُغْنِي عنه، عاد إلى مِلْكِ مَن جعَله مسجدًا.

وقال أبو يوسفَ: لا يرجِعُ مِلْكًا أبدًا[3]. وبه قال الشافعيُّ[4].

وجهُ قولِ محمدٍ: أنَّ المِلْكَ زالَ فيه بجهةِ قُرْبةٍ مِن غيرِ إتلافٍ، فإذا اسْتُغْنِي عنه عاد إلى ما كان قبلَها؛ كالمَيِّتِ إذا أخَذه السَّيلُ، أو أكَله سَبُعٌ، عادَ الكفنُ إلى مِلْكِ مَن كَفَّنَه.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ المسجدَ إذا خرِب ما حَوالَيه، جاز أن يعودَ إلى العمارةِ، ويُصَلِّي فيه مارَّةُ الطريقِ، فلا يَبطُلُ القُرْبةُ فيه.

الجوابُ: أنَّ جوازَ[5] عَوْدِ[6] العمارةِ حولَه[7] لا يُعتبَرُ، كما لا يُعتبَرُ جوازُ أن

(1-1) في (ي): «لا ينافي في هذا الموضع فاعتبرنا».

(2) في (أ2، ج، ض، ق، ي): «جوار».

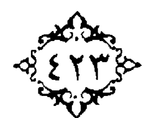
(3) ينظر: «تحفة الفقهاء» (3/ 379)، و«المبسوط» (12/ 42)، و«الهداية» (3/ 20).

(4) ينظر: «نهاية المحتاج» (5/ 397)، و«حاشية الجمل» (3/ 589).

(5) في (أ2، غ، وفي س، ل): «جوازه».

(6) في (ل): «عقد».

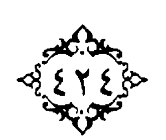
(7) من (أ2، ي).



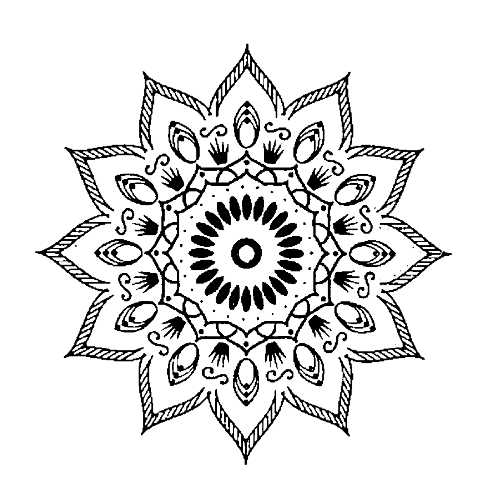
يُؤخَذَ المَيِّتُ في عودِ الكفنِ إلى مَن كَفَّنَه، وأمَّا صلاةُ مَن يجتازُ بالموضعِ، فالموضعُ الخرابُ لا تختَصُّ الصلاةُ فيه ببقعةِ المسجدِ، بل يجوزُ في جميعِه؛ وإنما يَتَخصَّصُ[1] بالمسجدِ في المواضعِ المملوكةِ.

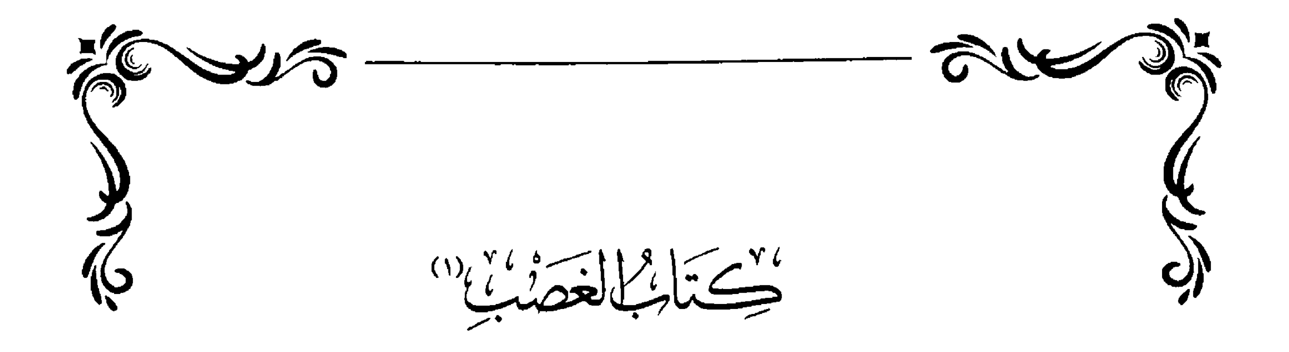
والله أعلم

(١) في (ي): «يختص».



كِتَابُ الغَصْبِ





كتاب الغصب[1]

حقيقةُ الغصبِ: هو أخذُ مالِ الغيرِ بغيرِ إذنِه، فما وُجد بهذه الصفةِ فهو غَصْبٌ، وما وُجِد بخلافِها فليس بغَصْبٍ، وسواءٌ علِم الآخِذُ بذلك أو لم يعلَمْ؛ فإذا كان مع العلمِ تعلَّق به الضَّمانُ والمأثمُ، وإذا كان مع الجهلِ تعلَّق به الضَّمانُ دونَ المأثمِ؛ كمَن أتلَف مالَ غيرِه وهو يَظُنُّ أنَّه له، وكمَن ملَك شيئًا بوجهٍ مِن وجوهِ المِلْكِ، ثُمَّ ظهَر أنَّ ذلك لغيرِ مَن ملَكه مِن جهتِه، فقد ظهَر أنَّ المأثمَ لا يكونُ إلا مع القصدِ.

يُؤكِّدُ ذلك قولُ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رُفِع عن أُمَّتِي الخطأُ، والنِّسيانُ، وما اسْتُكرِهوا عليه»[2]. والمرادُ به رفعُ مأثمِ الخطإِ؛ فأمَّا الضَّمانُ، فيجوزُ حصولُه مع عدمِ القصدِ[3] كما يَلزَمُ المجنونَ، ويَلزَمُ[4] النائمَ إذا انقلَب على شيءٍ فأتلَفه.

---

(١) أخَّر التبويب في (ي) فجعله قبل قول الماتن: «ومن غصب شيئًا...». وقال في الحاشية: «الغصب يتعدَّى، غصِبته بكسر الصاد غصبًا، واغتصبته، وغصبه على الشيء، وغصبه منه، واغتصبه، والشيء مغصوب وغصيب. حكاها الجوهري، وقول الفقهاء: غصب منه. جائز أيضًا، وقال أهل اللغة: أخذ الشيء ظلمًا. وفي الشرع: هو الاستيلاء على حق الغير عدوانًا. ولا يصح قول من قال: على مال الغير. لأنه يخرج منه الكلب [وال....حين؟؟] وجلد الميتة، وخمر الذمي، والمنافع والحقوق والاختصاص». وينظر: «تهذيب اللغة» (٨/ ٦٢).

(٢) تقدَّم تخريجه.

(٣) في (ي): «العقد».

(٤) في (ي): «ولا يلزم».

وقد يَدخُلُ في حكمِ الغَصْبِ ما ليس بغَصْبٍ، وإن[1] ساوَاه[2] في حُكمِه؛ مثلَ جُحُودِ الوديعةِ، لأنَّ الجحودَ ليس يُتناوَلُ [3]ولا نُقِلَ[3]، ويَتعلَّقُ به الضَّمانُ.

والغَصْبُ مُحرَّمٌ بالعقلِ لِما فيه مِن إدخالِ الضَّررِ على الغيرِ، وقد ورَد الشرعُ بتأكيدِ ما اقْتَضاه العقلُ مِن التحريمِ، وهو قولُه تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠] وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن غصَب شِبْرًا مِن أرضٍ طَوَّقَه اللَّهُ يومَ القيامةِ مِن سبعِ أَرَضِينَ»[4].

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **ومَن غصَب شيئًا له مِثْلٌ فهلَك في يدِه، فعليه ضمانُ مثلِه، وإنْ كان مما لا مِثْلَ له، فعليه قيمتُه[5]، وعلى الغاصبِ رَدُّ العينِ المغصوبةِ.**

أمَّا وُجوبُ رَدِّ العينِ إذا كانَتْ قائمةً؛ فلقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «على اليدِ ما أخَذَتْ حتى تَرُدَّ»[6]. وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن وجَد عينَ مالِه........................

(١) ليس في: ج.

(٢) في (ي): «كان».

(٣-٣) في (أ٢): «الغصب»، وفي (ر): «ولا ينقل»، وفي (ل): «ولا يقل».

(٤) أخرجه البخاري (٢٤٥٣)، ومسلم (١٦١٢) عن عائشة، بلفظ: «مَنْ ظَلَمَ قِيدَ شِبْرٍ».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٠٠): «طُوِّقَه بضم الطاء المهملة، وكسر الواو المشددة، بعدها قاف وهاء: أي يخسف اللَّه به الأرض، فتصير البقعة المغصوبة منها في عنقه كالطوق، وقيل: هو أن يطوق حملها يوم القيامة. أي يكلف، فيكون من طوق التكليف، لا من طوق التقليد».

(٥) بعده في (نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣٣٩): «يوم الغصب».

(٦) أخرجه أبو داود (٢٦٣٨)، والترمذي (١٢٦٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٥١)، وابن ماجه =

فهو أحقُّ به»[1]. فإن كانَتْ هالِكةً، وكان لها مِثْلٌ: فعلى الغاصبِ مِثْلُها.

وقال نفاةُ القياسِ: عليه القيمةُ[2].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنَّ المِثْلَ فيما له مِثْلٌ أعدلُ مِن القيمةِ، والتفاوتُ فيه أقلُّ مِن التفاوتِ في القيمةِ، والواجبُ أن يُقْضَى بالأعدلِ، ولأنَّ حقَّ المالكِ في المالِ والجنسِ[3]، وفي إيجابِ المثلِ تحصيلُ الحَقَّيْنِ[4] جميعًا، فكان أَولَى مِن تفويتِ أحدِهما، ولا خلافَ في هذه الجملةِ بينَ أصحابِنا في هذه المكيلاتِ والموزوناتِ؛ فأمَّا (٥المعدوداتُ التي٥) لا تَتَفاوتُ؛ كالجَوْزِ، والبيضِ فعلى مُسْتَهلِكِه مثلُه عندَ أصحابِنا.

وقال زفرُ: قيمتُه وهو فرعٌ على اختلافِهم في جوازِ السَّلَمِ فيه. وقد مضَى بيانُه[6].

(٢٤٠٠)، والحاكم (٢/ ٥٥) من طرق عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن الحسن، عن سمرة. وحسنه الترمذي. وفي سماع الحسن من سمرة خلاف. ينظر: «الإلمام» (٢/ ٥٤٢)، و«نصب الراية» (٤/ ١٦٧).

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٣١)، والنسائي (٤٦٨١)، وفي «الكبرى» (٦٢٣٣)، وابن ماجه (٢٣٣١) من طريق الحسن، عن سمرة.

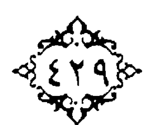
(٢) نسب هذا القول ابن حزم في «المحلَّى» (٦/ ٤٣٧) لبعض أصحابه، وتعقبه وانتصر للقول الذي ذكره المصنف في هذه المسألة، وقال: «هو الحق الذي لا يجوز خلافه».

(٣) في (أ٢): «الحسن».

(٤) في (أ٢): «الحسن والمال»، وفي(ي): «الجنس والمال».

(٥-٥) في (أ٢، ر، س، ض، ق، ي): «المعدود الذي».

(٦) ينظر: «الأصل» (٣/ ٦٠)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٣٣٨)، و«المبسوط» (١١/ ٥١، ٥٢)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢٢٣).



وأمَّا إذا كان المغصوبُ (١المُسْتَهلَكُ مما١) لا مثلَ له، فالواجبُ فيه القيمةُ.

ومِن الناسِ مَن قال: المِثْلُ.

وهذا لا يَصِحُّ؛ لِما روِي عن النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنَّه قضَى في (٢عبدٍ بينَ٢) شريكَيْن، أعتَق أحدُهما نصيبَه بقيمةِ نصيبِ الذي لم يَعْتِقْ»[٣]، فصار هذا أصلًا فيما يجِبُ بإتلافِ ما لا مثلَ له، ولأنَّ القيمةَ في الأعيانِ المختلفةِ المتفاوتةِ أعدلُ مِن المثلِ؛ ألَا ترَى أنَّه لا يكادُ يَتَّفِقُ عبدانِ على صفةٍ واحدةٍ؟ والواجبُ القضاءُ بالأعدلِ.

قال: فإنِ ادَّعَى هلاكَها حبَسه الحاكمُ حتى يَعْلَمَ أنها لو كانَتْ باقِيةً أظهَرها، ثُمَّ قضَى عليه ببدلِها.

وذلك لأنَّ ردَّ العينِ واجبٌ عليه على ما بَيَّنَّاه والأصلُ بقاؤُها، فإذا ادَّعَى الهلاكَ فقد ادَّعَى غيرَ الظاهرِ، فيُحبَسُ إلى أن يُعلَمَ ما يَدَّعِيه؛ (٤مثلَ مَن عليه دَيْنٌ مِن ثمنِ متاعٍ طُولِبَ به، فادَّعَى الإفلاسَ، وأمَّا إذا ثبَت ما يَدَّعِيه٤) مِن الهلاكِ سقَط عنه رَدُّ العينِ، ولزِمه بدلُها فيُؤْخَذُ به.

قال: والغصبُ فيما يُنقَلُ ويُحوَّلُ، فإذا غصَب عقارًا فهلَك في يدِه لم يَضْمَنْه عندَ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وقال محمدٌ: يَضْمَنُه[٥].

---

(١) في (ي): «ممن».

(٢) في (ج، (ع، غ، ل ي): «عبدين».

(٣) لم أهتدِ إليه.

(٤) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٥) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١٧٦)، و«المبسوط» (١١/ ٧٣)، و«الهداية» (٤/ ١٢)، و«العناية» (٩/ ٣٢٣).

وبه قال الشافعيُّ[1].

وجهُ قولِهما: ما روَى أبو هريرةَ، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «مَن أخَذ شِبْرًا مِن أرضٍ بغيرِ حَقِّه طَوَّقَه اللَّهُ يومَ القيامةِ مِن سبعِ أَرَضِينَ»[2]. فذكَر المأثمَ ولم يَذكُرِ الضمانَ، ولو وجَب لذكَره.

ولأنَّ العقارَ في المكانِ الذي كانَتْ يدُ المالكِ ثابتةً عليه، وإنما مُنِع منه، وذلك لا يُوجِبُ الضَّمانَ كما لو حالَ بينَ المالكِ ومالِه، ومنَعه منه مِن غيرِ أن يأخُذَه، ولا يلزَمُ إذا جحَد الوديعةَ والشاهدُ إذا رجَع؛ لأنَّ الشيخَ أبا بكرٍ الرازيَّ كان يقولُ: جاحِدُ الوديعةِ يَضْمَنُ ضمانَ تمليكٍ[3]؛ لأنَّا نحكمُ له بالمِلْكِ المجحودِ، والشاهدُ يضمنُ[4] ضمانَ إتلافٍ، ولا يلزمُ ولدُ المغصوبةِ إذا جحَده وولدُ الوديعةِ؛ لأنَّ ضمانَ ذلك يُشبِهُ ضمانَ الغصبِ وليس بغَصْبٍ، ومثلُ هذا غيرُ ممتنعٍ كضمانِ المقبوضِ بالسَّومِ[5] وبالبيعِ الفاسدِ.

وجهُ قولِ محمدٍ: أنَّ كلَّ حكمٍ تعلَّق بالنقلِ فيما يُنقَلُ تعلَّق بالتَّخْليةِ فيما لا يُنقَلُ، أصلُه دخولُ العقارِ في ضمانِ المشتري.

---

(١) ينظر: «حلية العلماء» (٥/ ٢٣٨)، و«جواهر العقود» (١/ ١٧٩).

(٢) أخرجه مسلم (١٦١١).

(٣) ينظر: «أحكام القرآن» (٣/ ١٧٣، ١٧٤)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ٢١١)، وذكره في «التجريد» (٧/ ٣٣٥٣)، ونسبه لبعض الأصحاب من غير تعيين، وينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٦٧).

(٤) في (ي): «يشهد».

(٥) في (ي): «بالشبهة»، وفي (س): «على وجه سوم البيع».



فإن قيل: رِوي: «أنَّ رجلًا مِن حضرموتَ، ورجلًا مِن كِنْدةَ تحاكَما إلى النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ؛ فقال الحضرميُّ: أرضِي غصَبها[1] أبو هذا، وهي في يدِه»[2]. ولم يُنكِرْ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذلك.

قيل له: إن كان الاستدلالُ بتَسْميتِه غاصبًا؛ فمِن أصحابِنا مَن قال: إنَّ العقارَ يُغصَبُ وهو مغصوبٌ، وقد يُغصَبُ ما لا يَتعلَّقُ به الضمانُ؛ كالخمرِ والخنزيرِ في حقِّ المسلمِ.

فإن قيل: كلُّ سببٍ ضُمِن به ما يُنقَلُ ويُحوَّلُ، ضُمِن به ما لا يُنقَلُ، أصلُه الإتلافُ.

قيل له: الإتلافُ لَمَّا ضُمِن به أحدُ الأمرَيْن كما ضُمِن الآخرُ تساوَيا في كيفيَّةِ وقوعِ سببِ الضمانِ وهو الإتلافُ، ولمَّا لم يَتساوَيا في صفةِ السَّببِ[3]، الذي هو الغصبُ في مسألتِنا، لم يَتساوَيا في ضمانِه، ولأنَّه قد يُضمَنُ بالإتلافِ ما لا يُضمَنُ بالغصبِ، أصلُه الحرُّ.

قال: وما نقَص منه بفعلِه وسُكْناه ضمِنه في قولِهم.

وذلك لأنَّ هذا إتلافٌ وليس بغَصْبٍ، وقد يُضمَنُ بالإتلافِ ما لا يُضمَنُ بالغَصْبِ، أصلُه الحرُّ.

قال: وإذا هلَك المغصوبُ[4] في يدِ الغاصبِ بفعلِه، أو بغيرِ فعلِه، فعليه ضمانُه.

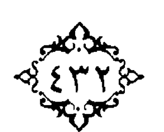
---

(١) في (ج، ل): «غصبنيها»

(٢) أخرجه مسلم (١٣٩/ ٢٢٣) من حديث وائل بن حجر.

(٣) في (ع): «النسب».

(٤) في (أ٢، ج، س، ض): «الغصب».



وذلك لأنَّ الضمانَ يجِبُ بالغصبِ، وهلاكُ العينِ لا يُوجِبُ الضمانَ، وإنما يَتقرَّرُ به الضمانُ الأولُ لتَعذُّرِ الردِّ، فلا فرقَ بينَ أن يَهلِكَ بفعلِه، أو بغيرِ فعلِه.

وقد قالوا: كلما وجَب على الغاصبِ فيه القيمةُ[1] فعليه القيمةُ يومَ الغصبِ، ولا يُعتَبرُ زيادتُها ونقصانُها بعدَ القبضِ؛ وذلك لأنَّ القبضَ هو السببُ المُوجِبُ للضمانِ، فاعْتُبِرتِ القيمةُ عندَه دونَ ما بعدَه كالمقبوضِ في البيعِ الفاسدِ.

قال: وإن نقَص في[2] يدِه فعليه ضمانُ النُّقصانِ.

وذلك لأنَّ ضمانَ الغصبِ يَتعلَّقُ بالقبضِ، والأتْباعُ يُمكِنُ إفرادُها بالقبضِ فجاز إفرادُها بالضمانِ، ولا يُشبِهُ هذا ضمانَ البيعِ؛ لأنَّ المبيعَ مضمونٌ بالعقدِ، والأتْباعُ لا يُمكِنُ إفرادُها بالعقدِ، فلهذا لم يَضمَنْ به.

قال: ومَن ذبَح شاةَ غيرِه فمالِكُها بالخيارِ؛ إن شاءَ ضمَّنه قيمتَها وسلَّمها إليه، وإن شاءَ ضمَّنَه نُقْصانَها.

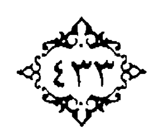
أمَّا رجوعُه بالنُّقْصانِ؛ فلأنَّه نقصٌ في الحيوانِ، وهو مما لا يَثبُتُ فيه الرِّبا، فكان له إمساكُه والرجوعُ بالنُّقصانِ، كما لو قطَع الثوبَ.

وأمَّا جوازُ تضمينِه جميعَ القيمةِ؛ فلأنَّه بالذبحِ فوَّتَ الروحَ، فجاز أن يلزمَه جميعُ قيمتِها، أصلُه إذا قتَلها، ولأنه فوَّتَ المنفعةَ المقصودةَ مِن العينِ، فكان له أن يُضَمِّنَه قدرَ جميعِ قيمتِها، أصلُه إذا قطَع يدَ العبدِ.

قال: ومَن خرَق ثوبَ غيرِه خَرْقًا يسيرًا ضمِن نُقصانَه.

(١) في (ي): «القسيمة».

(٢) في (ض): «من».



وذلك لأنَّه نقصٌ حصَل بفعلِه في العينِ المغصوبةِ، فكان له أخذُ قيمةِ النُّقصانِ إذا كان مما لا ربًا فيه، أصلُه إذا أتلَف بعضَه.

قال: فإنْ خرَقه خَرْقًا كبيرًا يُبطِلُ عامَّةَ[1] منفعتِه، فلمالكِه أن يُضَمِّنَه جميعَ قيمتِه.

وقال الشافعيُّ: يُضَمِّنُه النُّقصانَ، ولا يُضَمِّنُه القيمةَ. [2]وكذلك قال في[2] مسألةِ الشاةِ[3].

دليلُنا: أنَّه فَوَّتَ عليه المنفعةَ المقصودةَ مِن العينِ، فكان له تضمينُه جميعَ القيمةِ، كما لو غصَب زيتًا فخلَطه بزيتٍ أَرْدَأَ منه، وكما لو قطَع يَدَيِ العبدِ، ولا يلزمُ إذا قطَع إحدَى يدَيه؛ لأنَّ الشيخَ أبا عبدِ اللَّهِ[4] كان يقولُ: له أن يُضَمِّنَه جميعَ القيمةِ[5]. فلا يلزمُ على هذا القولِ.

---

(١) في (ي): «غاية».

(٢) في (ي): «وقاسه على».

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٨/ ٢٨)، و«بحر المذهب» (٨/ ١٨١)، و«حلية العلماء» (٥/ ٢٥٧).

(٤) هو محمد بن يحيى بن مهدي، أبو عبد اللَّه الجرجاني، تفقه على: أبي بكر الرازي، وتفقه عليه: أبو الحسين القدوري، وأحمد بن محمد الناطفي، حدث عن: عبد اللَّه بن إسحاق بن يعقوب البصري، وأبي أحمد الغطريفي، وروى عنه: إسماعيل بن علي السمان الرازي في «معجم شيوخه»، وأبي نصر الشيرازي في «فوائده»، وهو أحد أعلام المذهب، كان يدرِّس بمسجد قطيعة الربيع بالكرخ من بغداد، توفي وهو مفلوج سنة (٣٨٩هـ) ودفن بجوار قبر أبي حنيفة رحمهما اللَّه تعالى. ينظر: «تاريخ بغداد» (٤/ ٦٨٣)، و«المنتظم» (٧/ ٢٤٣)، و«الوافي بالوفيات» (٥/ ١٣٦)، و«الجواهر المضية» (٢/ ١٤٣).

(٥) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٣١٢)، و«المبسوط» (٢٧/ ٩٨)، و«العناية» (٩/ ٣٤١).

وذكر الطحاويُّ في «الاختلافِ»: أنَّه لا يُضَمِّنُه[1]، فعلى هذا لم يُتلِفْ جميعَ المنفعةِ؛ وإنما أتلَف بعضَها.

فإن قيل: أتلَف جزءًا مُعَيَّنًا بجنايةٍ[2] استقرَّ أَرْشُها، فلا يجِبُ على الجانِي إلا أَرْشُها، أصلُه الجنايةُ اليسيرةُ.

قيل له: الجنايةُ اليسيرةُ يجوزُ أن تَدخُلَ بينَ تقويمِ المُقَوِّمِينَ، فلا يُتيَقَّنُ استدراكُ حقِّ المطالبةِ بالبدلِ، وليس كذلك العيبُ الكثيرُ؛ لأنَّه لا يَدخُلُ بينَ تقويمِ المُقَوِّمِينَ، فيُتيَقَّنُ أنَّه يُستدرَكُ حَقًّا بأخذِ جميعِ البدلِ، فلذلك ثبت له المطالبةُ به.

قال: وإذا تَغَيَّرتِ العينُ المغصوبةُ بفعلِ الغاصبِ حتى زالَ اسمُها وعُظْمُ[3] منافعِها، زالَ مِلْكُ المغصوبِ منه عنها، وملَكها الغاصبُ وضمِنها، ولم يَحِلَّ له الانتفاعُ بها حتى يؤدِّيَ بدلَها، وهذا كمَن غصَب شاةً فذبَحها وشَواها أو طبَخها، أو حِنْطةً فطحَنها، أو حديدًا فاتَّخذه سَيفًا، أو صُفْرًا فعمِله آنيةً.

أمَّا زوالُ مِلْكِ صاحبِها فهو مذهبُ أصحابِنا[4]، وقال الشافعيُّ: لا يَنقطِعُ حقُّ صاحبِ العينِ، وله أن يأخُذَها ويُضَمِّنَه النُّقصانَ[5].

---

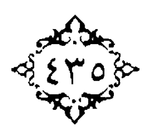
(١) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٥/ ١٣٢).

(٢) ليس في (أ٢)، وفي (ي): «بحسابه».

(٣) في (أ٢): «أعظم».

(٤) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١٧٦، ١٨١)، و«المبسوط» (١١/ ٩٣)، و«الهداية» (٤/ ١٥).

(٥) ينظر: «حلية العلماء» (٥/ ٢٥٧).



دليلُنا: ما روِي: «أن قومًا مِن الأنصارِ أضافُوا رسولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فقَدَّموا له شاةً مَصْلِيَّةً، فأخَذ منها لُقْمةً فمضَغها فلم يُسِغْه[1]، فقال: «أمَا إنَّ هذه الشاةَ لَتُخْبِرُني أنَّها ذُبِحتْ بغيرِ حقٍّ». فقال الرجلُ: هذه شاةُ أخي، ولو كان [2]أعزَّ منها لم يَنفَسْ عليَّ بها[2]، وسأُرْضِيه بخيرٍ[3] منها، فلم [4]يأكُلْ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ[4]، وأمَر أن يُتصدَّقَ بها على الأَسْرَى»[5]، فلولا أنَّ مِلْكَ المغصوبِ منه زالَ عنها لم يأمُرْه[6] بالصدقةِ بها، ولأمَر ببيعِها وحفظِ ثمنِها عليه.

وعلى هذا بنَى أبو حنيفةَ رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أكثرَ مسائلِ الغصبِ، فكان المعنى فيه أنَّ الاسمَ زالَ وأكثرَ المنافعِ المقصودةِ المباحةِ مِن العينِ بفعلِ الغاصبِ،

(١) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٠٠): «فلم يسغها: يقال: ساغ التراب والطعام سوغًا. سهل دخوله في الحلق، وأسغته أنا: أي ساغ لي. قال في المغرب: وأما ولا تسيغه فخطأ». ينظر: «المغرب» (١/ ٤٢٢).

(٢-٢) في (ي): «أخي عرفها لم يضن عليَّ بها».

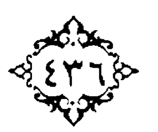
ولم يَنْفَس: أي: لم يبخل، يقال: نَفِسْتُ عليك الشيء: إذا لم تَطِبْ نفسُك له به. ونَفِسْتُ به عن فلان، كقولهم: بَخِلْتُ به عليك. ينظر: «العباب الزاخر» (١/ ٢٠٩) (ن ف س).

(٣) في (ي): «بأخير»، وفي (س): «خيرًا».

(٤-٤) في (أ٢، ض، ع، ق): «يأكل منه»، وفي (س): «يأكله»، وفي (ي): «يأكل منها».

(٥) أخرجه أبو داود (٣٣٣٢)، ومن طريقه البيهقي (٥/ ٥٤٧) من طريق عاصم بن كليب، عن أبيه، عن رجل من الأنصار. وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٦٨): «وهذا السند صحيح، إلا أن كليب بن شهاب، والد عاصم لم يخرِّجا له في الصحيح، وخرج له البخاري في جزئه في رفع اليدين، وقال فيه ابن سعد: ثقة. وذكره ابن حبان في الثقات، ولا يضره قول أبي داود: عاصم بن كليب، عن أبيه، عن جده: ليس بشيء، فإن هذا ليس من روايته عن أبيه، عن جده».

(٦) في (س): «يلزمه».



فزالَ مِلْكُ مالكِها[1] عنها، كما لو غصَب دُهْنًا[2] طَيِّبًا فخلَطه ببَزْرٍ[3].

فإن قيل: روِي في حديثِ سَمُرةَ أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «على اليدِ ما أخَذتْ حتى تُؤَدِّيَ»[4].

قيل له: هذا دليلٌ عليك؛ لأنَّ ظاهرَه يَقْتضِي أنَّ مَن غصَب حِنْطةً فطحَنها لا يلزَمُه رَدُّ الدقيقِ؛ لأنه أخَذ حِنْطةً ولم يأخُذْ دقيقًا.

فإن قيل: فعلٌ لو فعَله في مِلْكِ نفسِه لم يَزُلْ مِلْكُه، فإذا فعَله في مِلْكِ غيرِه لم يَزُلْ مِلْكُه، أصلُه إذا ذبَح الشاةَ ولم يَشْوِها، وإذا قطَع الثوبَ ولم يَخِطْه.

قيل له: يَبطُلُ به إذا غصَب دُهْنًا فخلَطه بجنسٍ آخرَ دونَه، فأمَّا إذا ذبَح الشاةَ فالاسمُ لم يَزُلْ؛ لأنَّه يقالُ: شاةٌ مذبوحةٌ. ولم تَفُتْ عامَّةُ المنافعِ؛ وإنما فاتَ بعضُها؛ لأنَّ سائرَ منافعِ الأكلِ باقيةٌ، فأمَّا الحِنْطةُ إذا طُحِنتْ، فقد زالَ الاسمُ وعامَّةُ المنافعِ، وكذلك الثوبُ إذا قطَعه ولم يَخِطْه، فلم يَزُلِ الاسمُ ولا عامَّةُ المنافعِ، فلذلك اختَلفا، وهذا الذي ذكَرْناه كلَّه قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وعن أبي يوسفَ مثلَه[5].

وقد روِي عنه: في الحِنْطةِ إذا طحَنها الغاصبُ أنَّ المغصوبَ منه لا يأخُذُ الدقيقَ مكانَ الحِنْطةِ، ولكن يَبيعُ الدقيقَ ويَشترِي له حِنْطةً مثلَ حِنْطتِه، وهو أحقُّ

(١) في (ي): «صاحبها».

(٢) في (ي): «ذهبا».

(٣) في (ي): «بتبر».

(٤) تقدَّم تخريجه.

(٥) ينظر: «الأصل» (٥/ ١٨٣)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٣٣٧)، و«التجريد» (٧/ ٣٣٦٩).

بذلك مِن جميعِ الغُرماءِ إن ماتَ الغاصبُ؛ لأنه شَبَهُ[1] فهو أحقُّ به[2].

وعنه أيضًا: أنَّ ربَّ الحِنْطةِ بالخيارِ؛ إن شاء ضَمَّنَه مثلَ حِنْطتِه ودفَع إليه الدقيقَ، وإن شاءَ أخَذ ذلك الدقيقَ وأبرَأ الغاصبَ؛ لأنه متاعُه بعينِه، واستقبَح أن يجيءَ رجلٌ مفلسٌ إلى ألفِ كُرٍّ حِنْطةٍ لرجلٍ فيَطحَنَه[3]، ثُمَّ يَهَبَه لابنٍ له صغيرٍ، فلا يكونُ لربِّ المالِ على الدقيقِ سبيلٌ، أُخالِفُ أبا حنيفةَ في ذلك، وهذا صحيحٌ؛ لأنَّ العينَ المغصوبةَ بحالِها[4]، وإنما حدَث فيها تفريقٌ، وذلك لا يمنعُ مِن أخذِها، كما لو ذبَح الشاةَ[5].

وإذا ثبَت أن مِلْكَ المغصوبِ منه قد زالَ (6عن العينِ6) بما ذكَره لزِم الغاصبَ الضمانُ؛ لأنَّ مِلْكَ المغصوبِ منه زالَ عن العينِ بفعلِ الغاصبِ مِن غيرِ إذنٍ، فلزِمه الضمانُ كما لو أتلَفها، وإذا لزِمه الضمانُ ملَك العينَ؛ لأنَّ الضمانَ عندَنا سببٌ للتَّمليكِ، فإذا ضمِن القيمةَ، ثُمَّ ظهرتِ العينُ كانَتْ مِلْكًا[7] للغاصبِ.

(١) في (أ٢، س، ل، غ): «شبهه».

(٢) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١٨٢، ١٨١)، و«النتف» (٢/ ٧٣٧)، و«المبسوط» (١١/ ٨٦).

(٣) في (س، ي): «فطحنه».

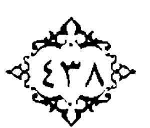
قال الأزهريُّ: الكُرّ: سِتون قفيزًا. والقَفِيزُ: ثَمَانِيَةُ مَكَاكِيك. والمَكُّوك: صَاعٌ ونِصْف، فَهُوَ عَلَى هَذَا الحِساب اثْنَا عَشَر وَسْقًا، وكُلُّ وَسْق سِتُّون صَاعًا. ينظر: «تهذيب اللغة» (٩/ ٣٢٧، ٣٢٨)، و«النهاية» (٤/ ١٦٢).

(٤) في (ع): «تخالفها».

(٥) ينظر: «البناية» (١١/ ٢٠٤).

(٦-٦) من (ج، ر، س، ض٢، غ، ل).

(٧) من (ي).



وقال الشافعيُّ: لا(١) يملِكُها الغاصبُ(٢) بالضَّمانِ، وإذا قدَر عليها أخَذها صاحبُها، ورَدَّ القيمةَ التي قبَضها(٣).

دليلُنا: أنَّه ملَك العينَ التي يجوزُ نقلُ المِلْكِ فيها، فوجَب أن يكونَ سببًا للتمليكِ، أصلُه إذا خلَط الدُّهْنَ بالبَذْرِ، وإذا وطِئ الجاريةَ المشتركةَ وضمِن قيمتَها، ولأنَّ عندَ المخالفِ أنَّ القيمةَ بدلٌ عن الحيلولةِ بينَ المالكِ ومِلْكِه، وليس بصحيحٍ، بل هي بدلٌ عن العينِ؛ لأنَّ الحيلولةَ سببٌ للضمانِ، والبدلُ في مقابلةِ المضمونِ لا في مقابلةِ السَّبَبِ، أصلُه الثمنُ في البيعِ أنَّه في مقابلةِ المبيعِ لا في مقابلةِ العقدِ، وكذلك الدِّيَةُ في القتلِ، وإذا ثبَت هذا (٤قلنا: ملَك٤) البدلَ عن العينِ التي يَصِحُّ تمليكُها، فوجَب أن يملِكَ العينَ كالثمنِ في البيعِ.

فإن قيل: بدلٌ عن جنايةٍ لم يستقِرَّ، فإذا تبيَّن أنَّ الجنايةَ غيرُ موجودةٍ وجَب رَدُّ البدلِ؛ كمَن ضرَب عينَ رجلٍ (٥فابْيَضَّتْ، فغرِم٥) الأرشَ، ثُمَّ زالَ البياضُ أنَّه يجِبُ رَدُّ الأرشِ.

قيل له: يَبطُلُ إذا تعذَّر تسليمُ المبيعِ، فقضَى للمُشْتَرِي بالثمنِ، ثُمَّ أمكَن التسليمُ، وعلى أنَّا لا نُسَلِّمُ أنَّ الغاصبَ يغرَمُ البدلَ عن الجنايةِ، وإنما هو بَدَلٌ

---

(١) ليس في: (أ٢، ي).

(٢) من (ر، س، ض٢، ق، ي).

(٣) ينظر: «الأم» (٣/ ٢٤٨)، و«الحاوي» (٧/ ١٨٨، ١٩٢)، و«بحر المذهب» (٦/ ٤١٥)، و«العزيز شرح الوجيز» (٥/ ٤٣١)، و«روضة الطالبين» (٤/ ١١٧).

(٤-٤) في (أ٢، ي): «زال».

(٥-٥) في (ي): «فأمضت فعدم».



عن العينِ على ما قدَّمْنا، والمعنى في الأصلِ أنَّ الأرشَ يجِبُ لفواتِ المنفعةِ أو الجمالِ، وإذا زالَ البياضُ، فلم يَفُتْ واحدٌ منها[1]، وفي مسألتِنا القيمةُ عِوَضٌ عن العينِ، والعينُ قد سُلِّمتْ للغاصبِ، فلم يُفسَخِ التَّضمينُ فيها.

وإذا ثبَت أنَّ الغاصبَ يملِكُها بالضَّمانِ لم يَحِلَّ له الانتفاعُ بها حتى يؤدِّيَ بدلَها؛ وذلك لأنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أمَر أن يُتصدَّقَ بالشاةِ، ولو جاز الانتفاعُ بها لم يَمنَعْ مِن أكلِها، فإذا دفَع البدلَ حَلَّ له الانتفاعُ بها؛ لأنَّ حقَّ المالكِ قد سقَط باستيفاءِ البدلِ، فصار كأنَّه باعَها وأخَذ ثمنَها، فيجوزُ له الانتفاعُ بها والأكلُ منها، ويَسَعُ غيرَه أن يأكلَ منها؛ وكذلك أيضًا إذا ضَمَّنه المالكُ القيمةَ؛ لأنَّ البدلَ ثبَت بتراضِيهما، فصار كأنَّه باعَ[2]، وكذلك إذا ضَمَّنَه الحاكمُ؛ لأنَّ الحاكمَ لا يحكُمُ إلا بطلبِ المالكِ ودَعْواه، فكأنَّ المالكَ ضَمَّنَه، [3]فيَحِلَّ له[3] بذلك.

وقد قالوا: إنْ أبَى المالكُ أن يأخُذَ القيمةَ، وأرادَ أن يأخُذَ اللحمَ وهو مطبوخٌ أو مَشْوِيٌّ لم يَكُنْ له ذلك؛ لِما بَيَّنَّا أنَّ مِلْكَه زالَ، فلم يَكُنْ له المطالبةُ بما ليس على مِلْكِه.

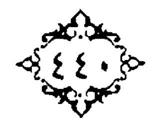
وقالوا: إنْ باعَ الغاصبُ اللحمَ بعدَ ما طبَخه صَحَّ؛ لأنه ملكه مِن وجهٍ محظورٍ، فهو ممنوعٌ مِن الانتفاعِ به، فإنْ باعَه نفَذ بيعُه فيه، أصلُه المقبوضُ على وجهِ بيعٍ فاسدٍ.

---

(١) في (ع): «منهما».

(٢) في (س): «باعه».

(٣-٣) في (ي): «فيحلله».



قال: وإنْ غصَب فِضَّةً أو ذَهَبًا فضرَبها دراهمَ أو دنانيرَ أو آنيةً لم يَزُلْ مِلْكُ مالكِها عنها عندَ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يملِكُها[1] الغاصبُ[2].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ الصِّناعةَ[3] في الذهبِ والفضةِ لا يُخرِجُهما عن جنسِهما بدليلِ أنَّ الاسمَ بحالِه وعامةَ المنافعِ؛ ألَا ترَى أنَّه يُمكِنُ أن يعملَ منها بعدَ الضربِ ما كان يعملُ منها قبلَه، وحقُّ المالكِ إنما يَسقُطُ عن العينِ بزوالِ الاسمِ وعامةِ المنافعِ، ولم يُوجَدْ ذلك.

وجهُ قولِهما: أنَّ الصياغةَ تُوجِبُ سُقُوطَ حقِّ المالكِ عن العينِ، أصلُه إذا غصَب حديدًا فضرَبه آنيةً.

والجوابُ: أن الحديدَ إن كان يُباعُ بعدَ ضربِه وزنًا، فهو كالفِضَّةِ والخلافُ فيه واحدٌ؛ وإنما يَسقُطُ حقُّ المالكِ إذا لم يَبِعْ وزنًا مثلَ الإبَرِ لزوالِ الاسمِ عنها.

قال: ومَن غصَب ساجةً[4] فبنَى عليها، زالَ مِلْكُ مالكِها عنها، ولزِم الغاصبَ قيمتُها.

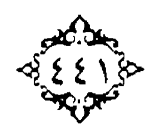
---

(١) في (ج): «يملكهما».

(٢) ينظر: «الأصل» (٣/ ٥٧، ٥٨)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٦/ ٢٨٥)، و«فتاوى قاضي خان» (٣/ ٢٤٥)، و«الهداية» (٤/ ١٦)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢٣٤).

(٣) في (غ، ل): «الصياغة».

(٤) السَّاجة: الخشبة الواحدةُ المُشَرجَعةُ المُربَّعةُ، كما جُلِبَتْ من الهندِ، تكون مهيأة للأساس ونحوه. ينظر: «لسان العرب» (٢/ ٣٠٣).



وقال الشافعيُّ: يُنقَضُ البناءُ وتُرَدُّ على صاحبِها[1].

دليلُنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا ضررَ ولا إضرارَ في الإسلامِ»[2]. وفي قلعِ البناءِ إضرارٌ بمالِ الغاصبِ، فظاهرُ الخبرِ يَمنَعُ منه.

فإن قيل: وفي منعِ السَّاجةِ إضرارٌ بالمالكِ.

قيل له: الضَّرَرُ يلحَقُه بنقلِ مِلْكِه إلى العِوَضِ، وذلك أَخَفُّ مِن إتلافِ المِلْكِ بغيرِ عِوَضٍ، وإذا وجَب رفعُ[3] الضَّرَرِ، ولم يَكُنْ بُدٌّ مِن الضَّرَرِ [4]كان رفعُ[4] أعظمِ الضَّرَرَيْن أولَى.

فإن قيل: الإضرارُ [5]بمالِ الغاصبِ[5] الجاني أَولَى.

قيل له: الخلافُ فيمَن اعتَمد البناءَ عليها، وفيمَن بنَى عليها، وهو يَظُنُّها له سواءٌ، وفي هذا الموضعِ ليس بظالمٍ ولا جانٍ[6]، ويجِبُ قلعُ البناءِ عندَه، ولأنَّ

(١) ينظر: «الأم» (٤/ ٤٢٥).

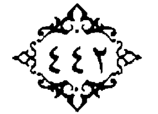
(٢) أخرجه يحيى بن آدم في «الخراج» (٣٠٣)، بهذا اللفظ، وابن ماجه (٢٣٤١) عن ابن عباس. وأخرجه الطبراني في «الأوسط»، كما في «مجمع الزوائد» (٤/ ١١٣) عن جابر. وقال الهيثمي: «فيه ابن إسحاق وهو ثقة، لكنه مدلس».
وقد روي الحديث عن جماعة من الصحابة منهم: عبادة بن الصامت، وأبي سعيد الخدري، وأبي هريرة، وأبي لبابة، وثعلبة بن مالك، وعائشة. وينظر لمزيد البيان تخريج حديثهم في «نصب الراية» (٤/ ٣٨٤، وما بعدها).

(٣) في (ي): «وقع».

(٤-٤) في (ي): «فإن وقع».

(٥) في (س): «بالغاصب».

(٦) كذا في (ر)، وفي (ي): «بهتان»، وفي باقي النسخ: «جاني». =



مِلْكَ الغيرِ صار تابعًا لمِلْكِه على وجهٍ يَلحقُه الضَّرَرُ بردِّه، فسقَط رَدُّه عنه، أصلُه مَن غصَب خَيْطًا فخاطَ به جُرْحَه، أو جُرْحَ عبدِه، أو حمارِه.

فإن قيل: روِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «على اليدِ ما أخَذتْ حتى تؤديَه[1]».

قيل له: معناه: ما أخَذتْ مِن مِلْكِ الغيرِ، [2]فقولُه: «حتى تُؤدِّيَه». كنايةٌ عن مِلْكِ الغيرِ، ونحنُ لا نُسَلِّمُ أن السَّاجةَ مِلْكُ الغيرِ[2]، فلم يتناوَلْها الخبرُ.

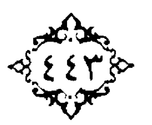
فإن قيل: مغصوبٌ له رَدُّه فكان عليه رَدُّه، أصلُه إذا لم يَبْنِ عليها، وإذا أدخَلها بيتًا وسَدَّه.

وإثبات ياء المنقوص المنوَّن المجرور والمرفوع لغةٌ صحيحةٌ فصيحة حكاها أبو الخَطَّاب، ويونس عن الموثُوق بعربيَّتهم؛ أنهم ينطقون بالياء وقفًا ويحذفونها وصلًا، وترسم الكلمة في الحالين بالياء؛ لأنَّ مدار الكتابة على الوقف؛ فيقولون في الوقف: هذا رَامِي، ومررتُ بغازِي، وفي الوصل: هذا رامِي حاذقٌ، ومررتُ بغازِي شجاعٍ، ويجب أن يقرأ في حال الوصل: بتنوين ما قبل الياء، مع حذف الياء نطقًا، وإنْ كانت مكتوبةً، وعلى هذه اللغة جاءت قراءةُ ابن كثير: ﴿وَلِكُلِّ قَوْمٍ هَادي﴾ [الرعد: ٧] ونحو ذلك. والراجح لغة جمهور العرب، بحذف هذه الياء في الاسم المنقوص المنون المرفوع والمجرور. وقد تقدَّم التنبيه على مثل هذه الحالة فيما تقدَّم، وإنما ذكرتها هنا لبعد العهد بها، وللتذكير بمثل هذه اللطائف حتى تتقرر ولا تستغرب، واللَّه أعلم.

ينظر: «الكتاب» لسيبويه (٢/ ٢٨٨)، و«اللباب» للعكبري (٢/ ٢٠٤)، و«شرح المفصل» (٩/ ٧٥)، و«شرح الشافية» (٢/ ٣٠١)، و«أوضح المسالك» (٤/ ٣٠٩)، و«شرح قطر الندى» (ص٣٥٤)، و«شرح الأشموني» (٤/ ٣٥٦-٣٥٨).

(١) في (أ٢، ض، ق، ي): «تؤدي». وقد تقدَّم تخريجه.

(٢-٢) ما بين القوسين ليس في (ي).



قيل له: لا نُسَلِّمُ أنَّ له رَدَّه قبلَ نقضِ البناءِ على ما بَيَّنَّا، ويَبطُلُ بالحربيِّ إذا دخَل دارَ الإسلامِ، فغصَب مالًا ونقَله إلى دارِ الحربِ، فله رَدُّه ولا يُجبرُ على رَدِّه، فأمَّا إذا لم يَبْنِ عليها فالعينُ المغصوبةُ بحالِها، وليس في رَدِّها إتلافُ مالٍ مَتْبوعٍ[1]، وفي مسألتِنا لا يُمكِنُ رَدُّها إلا بإتلافِ مالٍ متبوعٍ[1]، وأمَّا إذا سَدَّ[2] عليها البابَ، ففي فتحِ البابِ منفعةٌ لمالكِ البيتِ، فلم يَكُنْ في رَدِّها ضَرَرٌ عليه.

وقد كان الشيخُ أبو الحسنِ الكَرْخيُّ يقولُ: المسألةُ موضوعةٌ على أنَّه بناءٌ حولَ الساجةِ؛ لأنه غيرُ ظالمٍ في البناءِ على مِلْكِه فلا يجوزُ نقضُه، فأمَّا إذا بنَى على نفسِ الساجةِ فهو مُتَعَدٍّ فيه، فيجوزُ قلعُه[3].

وظاهرُ المذهبِ أنَّ حقَّ المالكِ يَسقُطُ في الوجهَيْن وهو الصحيحُ، وقد قال زفرُ: إنَّ للمالكِ قلعَ البناءِ في الوجهَيْن[4].

ووجهُ قولِه: أنَّ حقَّ المالكِ لم يَسقُطْ؛ بدليلِ أن الغاصبَ لو قلَع البناءَ ورَدَّها جاز، وإذا لم يَسقُطْ حقُّه كان له المطالبةُ، وإنْ كان فيه ضررٌ على الغاصبِ، أصلُه إذا نقَل الغاصبُ العينَ المغصوبةَ إلى بلدٍ آخرَ.

قال: ومَن غصَب أرضًا فبنَى فيها أو غرَس قيل للغاصبِ: اقْلَعِ الغرسَ والبناءَ ورُدَّها.

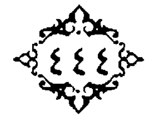
---

(١) في (ي): «مبيوع».

(٢) في (ي): «استد».

(٣) في (س): «نقضه».

(٤) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ١٤٩)، و«الهداية» (٤/ ١٧)، و«درر الحكام» (٢/ ٢٦٥)، و«البحر الرائق» (٨/ ٢١٠).



وذلك لأنَّ العينَ المغصوبةَ بحالِها لم تَصِرْ تابعةً لمالِ الغاصبِ، فلزِمه رَدُّها، أصلُه قبلَ البناءِ، وإذا لزِمه رَدُّها لزِمه تفريغُها، كما لو غصَب [1] ظرفًا فطرَح [1] فيه طعامًا.

قال: فإنْ كانتِ الأرضُ تنقُصُ بقَلْعِ ذلك فللمالكِ أنْ يضمنَ له قيمةَ البناءِ والغرسِ مقلوعًا ويكونُ له.

وذلك لأنَّ في منعِ الغاصبِ مِن الغرسِ والبناءِ إضرارًا به؛ لأنَّه عينُ مالِه فلا يجوزُ منعُه منها، وفي قلعِه وتَسْليمِه ضررٌ على مالكِ الأرضِ، وقد قال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا ضررَ ولا إضرارَ» [2]. ويُمكِنُ أن يُوَفَّى كلُّ واحدٍ منهما حقَّه مِن غيرِ ضررٍ؛ ألَا ترى أنَّ حقَّ الغاصبِ في البناءِ والغرسِ مقلوعًا، فإذا دفَع إليه القيمةَ كان أصلحَ له لسقوطِ أجرةِ القلعِ عنه، وفي إيجابِ القيمةِ على المالكِ وتبقيةِ البناءِ والغرسِ له رفعُ الضررِ عن ملكِه فكان أولَى.

قال: ومَن غصَب ثوبًا فصبَغه أحمرَ [3]، أو سَوِيقًا فَلَتَّه بسَمْنٍ، فصاحِبُه بالخيارِ إن شاء ضَمَّنَه قيمةَ ثوبِه أبيضَ ومثلَ السَّوِيقِ (وسَلَّم ذلك) [4] للغاصبِ، وإن شاء أخَذهما وضمِن [5] ما زادَ الصِّبْغُ والسَّمْنُ فيهما.

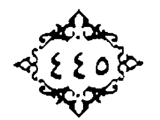
(١-١) في (ي): «طبقًا». والظرفُ: الوعاء، وجمعه ظروف. ينظر: «المغرب» (٢/ ٣٣).

(٢) تقدَّم.

(٣) بعده في (ي): «أو أصفرَ».

(٤) في (نسخة مختصر القدوري): «وسلمهما».

(٥) في (نسخة مختصر القدوري): «غرم».



وذلك لأنه أفسَد عليه ثوبَه بالصِّبغِ (١وفَوَّتَ عليه١) الغرضَ منه، فكان له تضمينُه كما لو حرَقه(٢)، وإن شاءَ أخذ الثوبَ وضمِن له قيمةَ الصِّبْغِ؛ لأنَّ الثوبَ على مِلْكِه؛ ألَا ترى أنَّ الصِّبْغَ لا يزولُ به الاسمُ وعامةُ المنافعِ، فلا يزولُ به مِلْكُ المغصوبِ منه، والصِّبْغُ عينُ مالٍ قائمةٌ، فلا يجوزُ أن يَستحِقَّ على الغاصبِ بغيرِ عِوَضٍ كسائرِ أموالِه، إلَّا أنَّه لا يُمكِنُ إفرادُها عن الثوبِ، فضمِن له قيمةَ صِبْغٍ في ثوبٍ.

وقد قال أصحابُنا: إنَّ للمالكِ خيارًا آخرَ لم يذكُرْه صاحبُ «الكتابِ»، وهو أن يَترُكَ صاحبُ الثوبِ الضَّمانَ، فيكونَ الثوبُ والصِّبْغُ (٣على الشركةِ، وإذا٣) بِيعَ الثوبُ قُسِم على حقِّهما، فيَضرِبُ فيه(٤) صاحبُ(٥) الثوبِ بقيمةِ ثوبٍ أبيضَ، ويضرِبُ (٦فيه الغاصبُ٦) بقيمةِ صِبْغٍ في ثوبٍ؛ وذلك لأنَّ الضمانَ حقٌّ ثبَت للمالكِ، فإذا رضِي بتركِه جاز، وإذا سقَط الضَّمانُ صار كأنَّ الريحَ ألقتِ الثوبَ في صِبْغِ رجلٍ، فيكونُ مُشترِكًا على ما ذكَرْناه، كذلك هذا.

وقد قال الشافعيُّ: للغاصبِ أن يَقلَعَ الصِّبغَ (٧مِن الثوبِ٧) بشرطِ أن يضمنَ ما نقَص ذلك..

(١-١) في (ي): «وضمن له قيمة».

(٢) في (أ٢، ج، س، ض، ل): «خرقه».

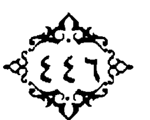
(٣-٣) في (ي): «عليه فإذا».

(٤) ليس في: ج، ي.

(٥) في (ي): «لصاحب».

(٦-٦) في (ج): «صاحب الصبغ»، وفي (ي): «فيه للغاصب».

(٧) من (س).



مِن[1] الثوبِ[2].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنَّ إزالةَ الصِّبغِ مِن الثوبِ جنايةٌ عليه، فوجَب أن لا يكونَ له ذلك، كما لو كان الثوبُ يَهلِكُ بقَلْعِه.

فإن قيل: [3]الصِّبْغُ عينُ[3] مالٍ للغاصبِ له قَلْعُه برِضا المغصوبِ منه، فكان له قَلْعُه بغيرِ رِضاه، أصلُه إذا بنَى في مِلْكِ غيرِه أو غرَس.

قيل له: إنْ كان البناءُ والغرسُ لا يزولُ إلا بضررٍ على صاحبِ الأرضِ، فله أن يمنَعَه مِن ذلك، ويغرَمَ قيمةَ البناءِ والغرسِ، فلا فرقَ بينَهما، وأمَّا إذا طالَب صاحبُ الثوبِ الغاصبَ بقَلْعِ الصِّبْغِ وامتَنَع الغاصبُ لم يَجُزْ إجبارُه على ذلك.

ومِن أصحابِ الشافعيِّ مَن قال: يُجبَرُ على ذلك.

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنه إتلافُ مالِ الغاصبِ، وإلحاقُ ضررٍ بمالِ المغصوبِ منه، والغصبُ لا يُبيحُ ذلك، ولا يُشبِهُ البناءَ والغرسَ؛ لأنَّ صاحبَ الأرضِ إذا ألزَم الغاصبَ قلعَه نقَصتْ قيمتُه بالقَلْعِ، فأمَّا أن يَتْلَفَ فلا.

وأمَّا إذا صبَغ الثوبَ أسودَ، فقال أبو حنيفةَ: هذا نقصٌ ولا شيءَ للغاصبِ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: هو كالصِّبغِ بالعُصْفُرِ[4].

وهذا الذي ذكره يختلِفُ بالعاداتِ والأزمانِ وجنسِ الثِّيابِ، فما كان مِن

(١) في (ج، س): «في».

(٢) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢١٧)، و«الوسيط في المذهب» (٣/ ٤١٠)، و«البيان» (٧/ ٥٥).

(٣-٣) في (ع): «الصبغ غير»، وفي (ي): «الثوب عين».

(٤) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ١٦١)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢٣٠).



ذلك نَقْصًا فهو كذلك في قولِهم، ولا خلافَ بينَهم في المعنى؛ لأنَّ أبا حنيفةَ أجابَ على عادةٍ عرَفها، وقد كان الناسُ يُمنَعون مِن لبسِ السَّوادِ، (١فَعُدَّ ذلك نقصًا.

وهما أجابَا على ما شاهَداه في زمنِ بني العباسِ، وقد أحدَثوا لُبْسَ السَّوادِ١)، فصار صِبْغًا مقصودًا، فيكونُ حكمُه حكمَ العُصْفرِ[٢].

قال: ومَن غصَب عَيْنًا فغيَّبَها، فضَمَّنَه المالكُ قيمتَها[٣] ملَكها.

وذلك لِما بَيَّنَّا أنَّ الضَّمانَ سببٌ للتمليكِ، فإذا وُجِد ملَكها كالبيعِ.

قال: والقولُ في القيمةِ قولُ الغاصبِ[٤] مع يمينِه.

وذلك لأنَّ الغاصبَ هو الذي يلزَمُه الضَّمانُ، فالقولُ قولُه في مقدارِه، يُبَيِّنُ ذلك[٥] أنَّه لو جحَد أصلَ الغصبِ كان القولُ قولَه[٦]، فإذا جحَد بعضَ الضمانِ كان القولُ قولَه وعليه اليمينُ؛ لأنه مُنْكِرٌ للزيادةِ، وقد قال النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «واليمينُ على مَن أنكَر».

(١-١) ما بين القوسين ليس في (ي). وقال في حاشية (ح): «وحكي أن هارون الرشيد شاور أبا يوسف رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى في لون ثوب يلبسه فقال: أحسن الألوان ما يكتب به كتاب الله. فاستحسنه هارون واختار لبس السواد، فصار السواد من أشرف الملابس وأنفسها، حتى قيل: كيف لا يشرف السواد، وقد صار شعار بني العباس».

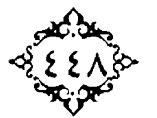
(٢) في (ي): «الغاصب».

(٣) بعده في (س): «يوم».

(٤) في (ي): «المالك».

(٥) بعده في (ي): «حتى».

(٦) في (س): «قول المالك».



قال: إلا أن يُقيمَ المالكُ البَيِّنةَ بأكثرَ مِن ذلك.

لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البيِّنةُ على المُدَّعِي»(1). وقد ادَّعى زيادةَ القيمةِ، وأقامَ عليها البيِّنةَ، فلزِم ذلك الغاصبَ.

قال: فإنْ ظهرتِ العينُ وقيمتُها أكثرَ مما ضمِن، وقد ضَمَّنَها بقولِ المالكِ، أو ببيِّنةٍ أقامَها، أو بِنُكُولِ الغاصبِ عن اليمينِ، فلا خيارَ للمالكِ.

وذلك لأنَّ الضمانَ (2)يُملَكُ به(2) العينُ على ما بيَّنَّاه، وقد رضِي المغصوبُ منه بالقيمةِ التي ادَّعَاها فلا سبيلَ له على (3)العينِ بعدَ(3) ذلك.

قال: وإنْ كان ضَمَّنَها(4) بقولِ الغاصبِ مع يمينِه، فالمالكُ بالخيارِ إنْ شاءَ أمضَى الضمانَ، وإنْ شاءَ (5)أخَذ العينَ وردَّ العِوَضَ.

وذلك لأنَّه لم يَرْضَ بأن يزولَ مِلْكُه إلا بالقَدْرِ الذي ادَّعَاه، ولم يُسَلَّمْ له، فثبَت له الخيارُ، فإن أمضَى الضَّمانَ(5) جاز؛ لأنه أسقَط حقَّ نفسِه مِن الزيادةِ

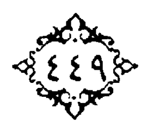
(1) أصل الحديث في «الصحيحين» البخاري (٤٥٥٢)، ومسلم (١٧١١) من حديث ابن عباس، واللفظ أخرجه الترمذي (١٣٤١) من طريق محمد بن عبيد اللَّه، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. قال الترمذي: «هذا حديث، في إسناده مقال، ومحمد بن عبيد اللَّه العرزمي يضعف في الحديث من قبل حفظه، ضعفه ابن المبارك، وغيره». وبالجملة: فالحديث قاعدة من قواعد الإسلام، وأصل من أصول الأحكام. ينظر: «شرح النووي على مسلم» (١٢/ ٣).

(٢-٢) في (أ٢): «بملك»، وفي (ي): «ملك».

(٣-٣) في (ي): «اليمين بغير».

(٤) في (أ٢، ج، س، ض، غ، ل): «ضمنه».

(٥-٥) ما بين القوسين ليس في (س).



وهو يملِكُ ذلك، فإنْ أخَذ العينَ ورَدَّ العِوَضَ جاز لِما فيه مِن استدراكِ حقٍّ لم يَرْضَ بإسقاطِه[1].

قال: وولدُ المغصوبةِ ونماؤُها وثمرةُ البستانِ المغصوبِ أمانةٌ في يدِ الغاصبِ إن هلَك، فلا ضمانَ عليه إلا أن يَتعدَّى فيها، أو يَطْلُبَها مالكُها فيَمْنَعَه إيَّاها.

وقال الشافعيُّ: كلُّ ذلك مضمونٌ عليه[2].

دليلُنا: أنَّه حدَث في يدِه بغيرِ فعلِه، فلم يحدُثْ مضمونًا؛ كولدِ الوديعةِ وكالثوبِ تُلْقِيه الريحُ في دارِه، وإذا ثبَت أنَّها أمانةٌ لم تُضْمَنْ إلا بما يُضْمَنُ به الأماناتُ مِن المنعِ والتَّعَدِّي.

فإن قيل: ما ساوَى العينَ في المِلْكِ ساوَاها في الغصبِ، أصلُه الزيادةُ الموجودةُ حالةَ الغصبِ.

قيل له: الزيادةُ حالَ الغصبِ إنما ساوتِ الأصلَ في الغصبِ؛ لأنها ساوَتْه في النقلِ؛ كذلك في مسألتِنا إذا ساوَى الولدُ الأمَّ في النقلِ، وإيقاعُ الفعلِ فيه ساوَاها في الغصبِ.

وأمَّا إذا زادتِ العينُ المغصوبةُ في بدنِها في يدِ الغاصبِ، ثُمَّ نقَصتْ لم يَضمَنِ الزِّيادةَ وإن استهلَكها زائدةً.

ذكَر الطَّحاويُّ، عن أبي يوسفَ، عن أبي حنيفةَ: أنَّه لا يَضمَنُ الزِّيادةَ إلا

(١) في (ي): «باستدراكه».

(٢) ينظر: «الحاوي» (٧/ ١٥٠)، و«نهاية المطلب» (٦/ ٢٤٨)، و«بحر المذهب» (٦/ ٤٢٠).

أن يكونَ الاستهلاكُ قتلًا.

ورَوَى محمدٌ، عن أبي يوسفَ، عن أبي حنيفةَ: أنَّه يَضمَنُ الزِّيادةَ بالاستهلاكِ[1].

وقال الشافعيُّ: إذا غصَب جاريةً تُساوِي مئةَ درهمٍ[2]، فزادَتْ في يدِه بتعليمٍ أو سِمَنٍ حتى صارَتْ تُساوِي ألفًا، ثُمَّ نقَصتْ حتى صارَتْ تُساوِي مئةً، فإنَّه يأخُذُها وتسعَمئةٍ معها، وهو كما لو غصَبها، وهي تُساوِي ألفًا فنقَصَتْ[3].

دليلُنا: أنَّها زيادةٌ لم تُضمَنْ بالغصبِ، فلا تُضمَنُ بفَواتِها في يدِ الغاصبِ، كما لو زادَ سعرُها، ثُمَّ نقَص.

فإن قيل: زيادةُ القيمةِ[4] لو كانَتْ عندَ الغصبِ لم يَضمَنْها، كذلك إذا حدَثَتْ، وزيادةُ البدنِ بخلافِه.

قيل له: زيادةُ القيمةِ حالَ الغصبِ إنما لا تُضمَنُ؛ لأنها عينٌ مغصوبةٌ، كذلك زيادةُ البدنِ الحادثةُ بعدَ الغصبِ، فأمَّا زيادةُ البدنِ الموجودةُ عندَ الغصبِ فهي مغصوبةٌ، فكذلك ضُمِنتْ، ولأنَّها عينٌ حَدَثَتْ في يدِه بغيرِ فعلِه، فلم تَحدُثْ مضمونةً، أصلُه الثوبُ إذا ألقَتْه الريحُ في دارِه[5]، ولا يلزمُ الزيادةُ في بدنِ

---

(١) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١٧٤)، و«التجريد» (٧/ ٣٣١٩)، و«المبسوط» (١١/ ٧٢).

(٢) من (س).

(٣) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢١٦)، و«الحاوي» (٧/ ١٤٦)، و«نهاية المطلب» (٧/ ١٩٥).

(٤) في (س): «بالسعر».

(٥) من هنا بدأ تقديم وتأخير في النسخة (ي) ينتهي عند قول المصنف في الباب التالي «مسائل متفرقة»: «وكذلك لو حمَل شيئًا على دابةٍ». وسأشير إلى انتهاء ذلك في موضعه من الباب المذكور.

العبدِ[1]؛ لأنها تَحدُثُ أمانةً، ثُمَّ تُضمَنُ بمعنًى حادثٍ.

فإن قيل: الزيادةُ وإن لم تَحدُثْ بفعلِه، فقد حَدَثَتْ في يدِه بسببِ إمساكِه للعينِ المغصوبةِ، وإذا حصَلتْ[2] في يدِه بسببٍ مِن جهتِه على وجهِ التَّعَدِّي، تعلَّق به الضَّمانُ كحفرِ البئرِ.

قيل له: [3]غَصْبُه و[3]إمساكُه ليس بسببٍ لحدوثِ الزِّيادةِ، فلم تَحصُلِ[4] الزِّيادةُ في يدِه بسببِ تَعَدِّيه، وحفرُ البئرِ سببُ الوقوعِ، فقد حصَلتِ الجنايةُ بسببٍ هو مُتَعَدٍّ فيه، ثُمَّ هذا يَبطُلُ بمَن جلَس في الطريقِ، فألقَتِ الريحُ ثوبًا في حِجْرِه.

قال: وما نقَصتِ الجاريةُ بالولادةِ في[5] ضمانِ الغاصبِ، فإنْ كان في قيمةِ الولدِ وفاءٌ به جُبِر النُّقصانُ بالولدِ، وسقَط ضمانُه عن الغاصبِ.

وهذا الذي ذكَره اسْتِحسانٌ، والقياسُ أن لا يُجبرَ به. وهو قولُ زفرَ، وبه قال الشافعيُّ[6].

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ الولادةَ[7] أوجَبتْ نقصًا، وأفادَتْ مالًا فجازَ أن يُجبرَ النَّقصُ بالفائدةِ، أصلُه إذا قُطِعتْ يدُها، فأخَذ الغاصبُ الأَرْشَ وسَلَّمَها والأَرْشَ.

---

(١) في (ع): «الصيد».

(٢) في (س): «جعلت».

(٣-٣) ليس في (أ٢).

(٤) في (س): «تجعل».

(٥) في (أ٢، س، ض، ق): «من»، وفي (ج): «ضمنه»، وفي(ي): «فهو في».

(٦) ينظر: «الهداية» (٤/ ١٩)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢٣٢).

(٧) في (س): «الزيادة».

وجهُ قولِ زفرَ: أنَّ الولدَ مالٌ للمغصوبِ منه، فلا يُجبرُ به النُّقصانُ الحادثُ في يدِ الغاصبِ كسائرِ أموالِه.

والجوابُ: أنَّ سائرَ أموالِه لم يَسْتفِدْها بسببِ الولادةِ، فلم يُجبَرْ نُقْصانُها به، وفي مسألتِنا بخلافِه.

قال: ولا يَضْمَنُ الغاصبُ منافعَ ما غصَبه، إلَّا أن يَنْقُصَ باستعمالِه فيَغْرَمَ النُّقْصانَ.

وقال الشافعيُّ: تُضمَنُ المنافعُ كالأعيانِ. وحَصَّلوا[1] المذهبَ في ذلك، فقالوا: كلُّ منفعةٍ تُضمَنُ بعقدِ الإجارةِ تُضمَنُ بالغصبِ[2].

دليلُنا: ما روِي: «أنَّ جاريةً غرَّتْ رجلًا فتزوَّجها، وكانَتْ عندَه مُدَّةً فولَدتْ منه أولادًا[3]، ثُمَّ جاء صاحبُها واستحَقَّها، فقضَى عمرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ بالجاريةِ لصاحبِها، وبالعُقْرِ[4]، وبقيمةِ الأولادِ»[5]، ولم يَقْضِ بقيمةِ منافعِها التي تَلِفتْ في يدِه واسْتَوْفاها، فلو وجَب ذلك لبيَّنَه لمُسْتَحِقِّه، وعن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مثلُ ذلك[6]، ولا يُعرَفُ لهما مُخالِفٌ.

---

(١) في حاشية (س) منسوبًا لنسخة: «حاصل»، وفي (غ، ل): «جعلوا»، وفي (ق): «حصروا».

(٢) ينظر: «الحاوي» (٧/ ١٦٠، ١٦١)، و«حلية العلماء» (٥/ ٢١٠)، و«التهذيب» (٤/ ٤٣٣).

(٣) في (ج): «أولادها».

(٤) في (ل): «بالعقد».

والعُقْرُ: صَداق المرأة إذا أتيت بشبْهة. ينظر: «المغرب» (٢/ ٧٤).

(٥) أخرجه الدارقطني (٤٠٥٦)، ومن طريقه البيهقي (٩/ ٧٤) عن سعيد بن المسيب.

(٦) أخرجه محمد بن الحسن في «الأصل» (٩/ ١٣٣) عن الشعبي.

ولأنَّها منفعةٌ اسْتَوْفاها مِن غيرِ عقدٍ ولا شُبْهةٍ، فلا يَلزَمُه بدلُها، أصلُه مَن زنَى بأَمَةٍ مُطاوِعةٍ، ولأنَّ كلَّ سببٍ يُضمَنُ به المنفعةُ يَسْتوِي فيه منفعةُ الحرِّ والعبدِ، أصلُه الإجارةُ الصحيحةُ والفاسدةُ، ومعلومٌ أنَّ مَن حبَس حرًّا صانعًا، وحالَ بينَه وبينَ العملِ لم يَضمَنْ أُجْرتَه؛ كذلك إذا حبَس عبدًا ومنَعه مِن مَوْلاه، وهذا أصلٌ مُسَلَّمٌ، فإن قال منهم قائلٌ: إنَّ منفعةَ الحرِّ تُضمَنُ. لم يَصِحَّ؛ لأنَّ الحرَّ لا تُضمَنُ رقبتُه بالغصبِ، كذلك منفعتُه.

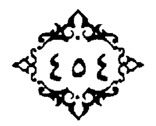
فإن قيل: كل ما ضُمِن بالمُسَمَّى في العقدِ الصحيحِ ضُمِن بالغصبِ، أصلُه الأعيانُ.

قيل له: قد يُضمَنُ بالعقودِ ما لا يُضمَنُ بغيرِها؛ بدليلِ أنَّ منافعَ البُضْعِ مضمونةٌ على المرأةِ[1] بالخُلْعِ، ولا تَضمَنُها بغيرِها، وكذلك مَن باعَ عبدًا يُساوِي مئةً بمئتَيْن، فما زاد على مقدارِ القيمةِ يُضمَنُ بالعقدِ ولا يُضمَنُ بالغصب.

والمعنى في الأعيانِ أنَّها إذا مُلِّكَتْ كان بدلُها لمالكِها، والمنافعُ تُملَكُ، ثُمَّ تَسْتحِقُّ بدلَها [2]غيرَ مالكِها[2]؛ بدليلِ أنَّ الزوجةَ إذا وُطِئتْ بشُبْهةٍ كان المهرُ لها، ولم يَسْتحِقَّه الزوجُ المالكُ لمنافعِ بُضْعِها، أو نقولُ: الأعيانُ لا تُوجَدُ مملوكةً إلا وحقُّ الغرماءِ يجوزُ أن يَتعلَّقَ بها، والمنافعُ قد تُوجَدُ، فلا يَتعلَّقُ حقُّ الغرماءِ بها، وهي منافعُ المديونِ، فلذلك لم يُضمَنْ بالغصبِ.

قال: وإذا استهلَكَ المسلمُ خَمْرَ الذِّمِّيِّ أو خنزيرَه ضمِن قيمتَهما[3].

(١) في (ي): «الملى».
(٢-٢) في (ي): «لمالكها».
(٣) ينظر: «الأصل» (١٠/ ٤٢٩)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٩٥)، و«المبسوط» (٢٠/ ٢٤، ٣٣)، =



وقال الشافعيُّ: لا ضمانَ عليه[1].

لنا: ما روِي: «أنَّ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كتَب إلى عمالِه وأمَرهم بقتلِ الخنازيرِ، وأن يُقاضُوا[2] أصحابَها بأثمانِها مِن الجزيةِ». ذكَره أبو عُبيدٍ في «كتابِ الأموالِ»[3]، ولا مُخالِفَ له.

[4] وأمَّا الخمرُ [4] ولأنَّه شرابٌ لهم فجاز أن يُضمَنَ بالإتلافِ كسائرِ أَشْربتِهم، والمسألةُ مَبْنيَّةٌ على أنَّهم مُقِرُّون على بيعِها وتَموُّلِها.

والدليلُ عليه: ما روِي: «أنَّ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ كتَب إلى عمالِه: وَلُّوهم بيعَها وخُذُوا العُشْرَ مِن أثمانِها»[5]. فأذِن لهم في بيعِها، وسَمَّى العقدَ عليها بيعًا وبدلَها ثمنًا، والثمنُ لا يجِبُ إلا في عقدٍ صحيحٍ، وأوجَب فيها العشرَ وهو لا يُؤخَذُ إلا مِن الأموالِ، وقضايا عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، وما يكتُبُ به إلى عمالِه لا يَخْفَى على الصحابةِ، فما[6] لم يُنْكِروه فهو إجماعٌ، ولأنَّهم يُقَرُّون على إمساكِه والانتفاعِ به، فكان مالًا لهم كالشاةِ التي تُرِكتِ التَّسْميةُ عليها عمدًا، وإذا ثبَت أنَّها مالٌ لهم فإذا أتلَفها مُتْلِفٌ مِن غيرِ إباحةِ آدميٍّ ضمِنها كسائرِ أموالِهم.

و«بدائع الصنائع» (٥/ ١٤٣).

(١) ينظر: «التهذيب» (٧/ ٥٢٩)، و«البيان» (٦/ ٥٧)، (٧/ ٨١)، و«أسنى المطالب» (٢/ ٣٤٤).

(٢) في (ي): «تراضوا».

(٣) أخرجه أبو عبيد في «الأموال- دار الفكر» (١٢٨-١٣٠).

(٤) من (ي).

(٥) تقدَّم.

(٦) في (ي): «كما»، وفي (س): «فلما».



فإن قيل: روِي في حديثِ أبي هريرةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إنَّ اللَّهَ تعالى لعَن الخمرَ وحرَّم ثمنَها، ولعَن الخنزيرَ وحرَّم ثمنَه»[1].

قيل له: هو مُحرَّمٌ عندَنا لكنَّهم أُقِرُّوا عليه، والمُختلَفُ فيه القيمةُ، وذلك ليس بثمنٍ.

فإن قيل: حيوانٌ[2] نَجِسُ العينِ فلم يَكُنْ مالًا، وما[3] لا يجوزُ بيعُه[4] لا يُضمَنُ بالإتلافِ، أصلُه البولُ.

قيل له: المعنى فيه أنهم لا يَتموَّلونَه في العادةِ، فلذلك[5] لم يكنْ مالًا لهم ولم يُضمَنْ، وهاهنا بخلافِه.

فإن قيل: المُعْتبَرُ في الأحكامِ بما تقرَّر في شرعِنا دونَ ما اعتقَده الكفارُ، وإن أقرَرْناهم عليه كما نُقِرُّهم على كفرِهم بالجزيةِ، ولا يُغيِّرُ[6] ذلك أحكامَ الكفرِ.

قيل له: إن شريعتَنا لمَّا مَنعتِ التعرُّضَ لهم في الخمرِ وحظَرتْ إتلافَها عليهم، وأوجَبتْ إقرارَهم على تَموُّلِها اقتَضتْ شريعتُنا تقويمًا لهم، فأمَّا أن يَتقوَّمَ بحكمِ دينِهم فلا.

---

(١) لم أهتدِ إليه بهذا اللفظ، وإنما أخرج أبو داود (٣٦٧٤)، وابن ماجه (٣٣٨٠) عن ابن عمر: «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لعن في الخمر عشرة...» الحديث.

(٢) من (ج، غ، ل).

(٣) من (ع).

(٤) بعده في (ج): «و».

(٥) بعده في (ي): «ما».

(٦) في (ر، س، ق): «يعتبر».



وإذا ثبَت أنها تُضمَنُ لهم فإنها تُضمَنُ بالقيمةِ؛ لأنَّ الخمرَ وإن كان لها مِثْلٌ إلا أن المسلمَ لا يجوزُ له أن يملِكَ الخمرَ ولا يُمَلِّكَها، فهي في حقِّه بمنزلةِ ما لا مثلَ له، فيجبُ فيها القيمةُ.

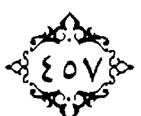
قال: وإن استهلَكَها[1] (٢على مسلمٍ٢) لم يضمَنْ.

وذلك لأنَّ المسلمَ لا يملِكُ الخمرَ بوجهٍ، وليسَتْ بمالٍ في حقِّه، فلا يضمَنُ له كالميتةِ والدَّمِ.

---

(١) في (نسخة مختصر القدوري): «استهلكهما».

(٢-٢) في (ي): «المسلم على المسلم».



مسائل[1] متفرقة

قال أصحابُنا: إذا حفَر بئرًا في مِلْكِ غيرِه بغيرِ أمرِه، فليس له أن يَطِمَّها[2]، ولا للمالكِ أن يُطالِبَه بِطَمِّها[2]، ولكنَّه يَضمَنُ النُّقصانَ، فإنْ أبرَأه مِن الضَّمانِ برِئ منه[3].

وقال الشافعيُّ: للمالكِ مُطالَبتُه بِطَمِّها ورَدِّ ترابِها، فإن أرادَ الغاصبُ طَمَّها ورَدَّ ترابِها[4] وامتَنع المالكُ، فللغاصبِ أن يَطِمَّها، فإنْ أبرَأه المالكُ مِن [6]الضمانِ فامتَنع[5]، ففيه وجهانِ[6].

لنا: أنَّه جنَى على عقارِ غيرِه، فلم يُكَلَّفْ إصلاحَه[7]، أو لم يَملِكْ إصلاحَه

(١) بعده في (ي): «الرد».

(٢) في (ي): «يضمنها».

(٣) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٣٥٩)، و«فتاوى قاضي خان» (١/ ٣٢).

(٤) قال في حاشية (ج): «وامتنع ترابها».

(٦-٦) في (ج): «ضمان ما منع».

(٦) ينظر: «الحاوي» (١٢/ ٣٧٣)، و«بحر المذهب» (٦/ ٤٣٦)، و«المهذب» (٢/ ٢٠٤).

(٧) قال في حاشية (ح): «إذا هدم جدار غيره لا يجبر على بنائه، والمالك بالخيار إن شاء ضمنه قيمة الحائط والنقص للضامن، وإن شاء أخذ النقص وضمنه النقصان، وقال بعض العلماء: إن كان الحائط جديدًا فعليه الإعادة، وإن كان خلقًا عتيقًا لا تجب عليه الإعادة؛ لأنه لو أعاده لكان أفضل من الأول، وضمان العدوان قيد بالمثل. استروشني».



بغيرِ رِضاه، أصلُه إذا نقَض حائطَه، وقال: أنا أَبْنِيه. وعلى هذا إذا فتَق قميصَ غيرِه، فليس له أن يَخِيطَه.

فإن قيل: نقَل [1]ما لا يَملِكُه مِن[1] مِلْكِه، فكان له مُطالَبتُه برَدِّه، كما لو حوَّل طعامًا مِن دارِه كان [2]عليه رَدُّه[2].

قيل له: لا يَملِكُ رَدَّه مع كراهةِ المالكِ للرَّدِّ، بل[3] يلزَمُه أن [4]يرفعَ يدَه[4] عنه حتى يَنقِلَه مالِكُه، فأمَّا إذا طالَب المالكَ بذلك، فلأنَّه لم يفعَلْ أكثرَ مِن إزالةِ يدِ المالكِ، فكان عليه رَدُّ يدِه على الوجهِ الذي كانَتْ عليه، وفي مسألتِنا أحدَث نقصًا في المِلْكِ يَتعلَّقُ به الضمانُ، فكان عليه النُّقصانُ كنَقْصِ الحائطِ.

فإن قيل: حفَرَها على وجهِ التَّعَدِّي، فكان له طَمُّها، كما لو حفَرها في طريقٍ ضَيِّقٍ للمسلمين.

قيل له: لا نُسَلِّمُ، بل يُضَمِّنُه الإمامُ نُقْصانَ الطريقِ، ثُمَّ يأمُرُ بِطَمِّها إنْ رأَى ذلك، أو يَسُدُّ رأسَها حتى لا يَضُرَّ بالناسِ.

وقد قال أصحابُنا: إذا غصَب طعامًا فقَدَّمَه إلى مالكِه فأكَله برِئَ الغاصبُ مِن الضَّمانِ[5].

(١-١) كذا في (ر)، وليس في (أ٢)، وفي (ج، س، ض، ق، ل): «ملكه من».

(٢-٢) في (ج): «له مطالبته برده».

(٣) في (ج): «فلم».

(٤-٤) في (ي): «يزيده».

(٥) ينظر: «التجريد» (٧/ ٣٣٩٠)، و«المحيط البرهاني» (٥/ ٤٨٥)، و«الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ٦٥).

وقال الشافعيُّ: إن كان المالكُ غيرَ عالمٍ به، ففيه قولانِ[1].

لنا: حديثُ سَمُرةَ أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «على اليدِ ما أخذتْ حتى تَرُدَّ»[2]. وقد رَدَّ ما غصَب، ولأنه أتلَف مالَ نفسِه فلم يرجِعْ بضمانِه على غيرِه، أصلُه إذا أكَله مع العلمِ، ولأنَّ ثُبُوتَ يدِ المالكِ على مِلْكِه يُسقِطُ الضمانَ، وكلُّ سببٍ يُسقِطُ الضمانَ يَسْتوِي فيه العلمُ والجهلُ، أصلُه البراءةُ مِن الحقوقِ، ولهذا يقولُ: لو طَلَّقَ امرأتَه وهو يَظُنُّها أجنبيَّةً، أو أعتَق عبدَه وهو يَظُنُّه لغيرِه وقَع الطلاقُ والعتاقُ.

فإن قيل: أكَل ما غصَبه[3] منه مع الجهلِ بحالِه، فلا يُسقِطُ الضمانَ، كما لو غصَب شاةً وذبَحها وشَوَاها وقدَّمها إلى المالكِ.

قيل له: الوصفُ غيرُ مُسَلَّمٍ؛ لأنَّ الغاصبَ قد ملَك الشِّواءَ، فلم يأكُلِ المغصوبُ منه ما غصَب منه؛ وإنما أكَل مالَ الغاصبِ، والمعنى فيه أنَّ (٤حقَّ المالكِ٤) غيرُ مُتَعيِّنٍ في الشِّواءِ؛ لأنَّ عندَنا لا حقَّ له فيه، وعندَه هو مُخَيَّرٌ إن شاءَ أخَذ العينَ، وإن شاءَ أخَذ القيمةَ، فإذا أكَلها وهو لا يعلَمُ، فلم يأكُلْ ما تعيَّنَ حقُّه فيه[5]، فلم يَسقُطِ الضمانُ، وفي مسألتِنا أكَل ما تعيَّن حقُّه فيه فسقَط الضمانُ بأكلِه[6]، كما لو أكَله ابتداءً مِن غيرِ إذنِ الغاصبِ.

---

(١) ينظر: «الحاوي» (٧/ ١٥٨)، و«البيان» (٧/ ٧٨)، و«العزيز شرح الوجيز» (٥/ ٤١٠).

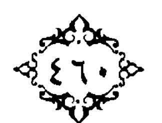
(٢) تقدَّم.

(٣) في (س): «غصب».

(٤-٤) في (ي): «في حق الشواء».

(٥) في (ي): «منه».

(٦) في (ي): «بملكه».



وقد قال أصحابُنا: إذا فتَح القفصَ فطار ما فيه لم يَضمَنْ إلا أن يكونَ هَيَّجَه[1].

وقال الشافعيُّ: إنْ طار [2]مِن فَوْرتِه[2] ضمِن[3].

لنا: أنَّه طار باختيارِه مِن غيرِ تَنْفيرٍ، فلم يَجِبْ على الفاتحِ ضمانٌ كما لو مكَث، ثُمَّ طار، ولأنَّه سببٌ غيرُ مُلْجِئٍ؛ لأنَّ القفصَ قد يُفتَحُ فلا يطيرُ، فإذا انضمَّ إليه فعلُ الحيوانِ لم يُضمَنْ به المالُ، كمَن فتَح بابَ البيتِ فأَبَق العبدُ.

فإن قيل: توصَّل إلى الإتلافِ بفعلِه، فلزِمه الضمانُ، كما لو نَفَّره، وكما لو فتَح رأسَ الزِّقِّ فسالَ ما فيه.

قيل له: يَبطُلُ بالعبدِ إذا حبَسه مَوْلاه، ففتَح البابَ رجلٌ حتى هرَب، وأمَّا إذا نَفَّره فقد ألجَأه فانتقَل فعلُه إليه، وإذا لم يُنَفِّرْه فقد حصَل الخروجُ باختيارِه، فصار كما لو مكَث، ثُمَّ طارَ.

وأمَّا إذا فتَح رأسَ الزِّقِّ وهو مائعٌ فقد باشَر الإتلافَ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يَتماسَكَ، وإنْ كان جامدًا فذابَ بالحَرِّ فقد وُجِد فيه[4] الإتلافُ بفعلِ غيرِه، فلا يلزَمُه الضمانُ.

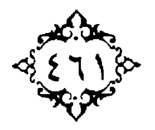
وقد قالوا: إذا غصَب ما لا يجوزُ بيعُه مُتفاضِلًا بجنسِه، مثلَ أن يغصِبَ حِنْطةً أو غيرَها مِن الحبوبِ، فيَصُبَّ فيه ماءً، أو يغصِبَ درهمًا أو دينارًا فيَجعَلَه

(١) ينظر: و«التجريد» (٧/ ٣٣٩٣)، و«النتف» (٢/ ٧٩١)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ١٦٦)، و«فتاوى قاضي خان» (٣/ ٢٣٩).

(٢) في (ي): «ما فوقه»، وفي (أ٢، س، غ، ق، ل): «من فوره».

(٣) ينظر: «الحاوي» ٧/ ٢٠٩، و«بحر المذهب» (٦/ ٤٥٨)، و«البيان» (٧/ ٨٣).

(٤) من (س).



قُراضَةً[1]، فالمالكُ بالخيارِ إنْ شاءَ أَخَذ ذلك، ولا شيءَ له غيرُه، وإنْ شاءَ تركه وأخَذ مثلَه.

وذلك لأنَّ الغصبَ مِن أسبابِ التَّمليكِ، فلا يجوزُ أن يُسَلِّمَ للمالكِ به مقدارَ وزنِ المضمونِ وزيادةً كالبيعِ، ولأنَّ ما يَدفَعُه الغاصبُ يُسقِطُ به عن نفسِه ما لزِمه مِن الضمانِ، فإذا دفَع إليه العينَ وزيادةً، فكأنَّه مَلَّكه الفضةَ بمثلِها وزيادةٍ، وذلك لا يجوزُ.

وقالوا: لو غصَب إناءَ فضةٍ وكسَره فالمالكُ بالخيارِ، إنْ شاءَ أخَذه ولا شيءَ له، وإنْ شاءَ ضَمَّنَه قيمتَه مِن الذهبِ[2].

وذلك لأنَّ الصياغةَ حقٌّ للمالكِ، وقد فَوَّتَها بالكسرِ، والإناءُ لا مثلَ له، ولا يُمكِنُ إيجابُ قيمةِ النُّقصانِ لِما فيه مِن الرِّبا[3]، ولا يُمكِنُ إيجابُ قيمتِه [4]مِن جنسِه؛ لأنَّ الصياغةَ إذا لاقَتْ جنسَها فيما فيه الرِّبا لا قيمةَ[4] لها، فلم يَبْقَ إلا أنْ يُقَوَّمَ بغيرِ جنسِه؛ ليَحصُلَ حقُّ المالكِ بكمالِه، وعلى هذا آنيةُ الصُّفْرِ والرَّصاصِ، وما أشبَه ذلك إذا كان يُباعُ وزنًا.

وإذا غصَب ما يُوجَدُ في زمانٍ دونَ زمانٍ في حينِه، ثُمَّ اختَصما فيه في حالِ انقطاعِه، قال أبو حنيفةَ: عليه قيمتُه يومَ الخصومةِ. وقال أبو يوسفَ: يومَ الغصبِ. وقال محمدٌ: قيمتُه آخرَ يومٍ انقطَع مِن أيدِي الناسِ[5].

---

(١) في (ع): «براضة».

(٢) ينظر: «المبسوط» (١٤/ ٥٢)، و«المحيط البرهاني» (٧/ ٢٣٤).

(٣) في (ي): «الزيادة».

(٤-٤) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٥) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٩٧)، و«المبسوط» (٢٢/ ٣٤).



وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ انقطاعَه لا يُوجِبُ سُقُوطَه مِن الذِّمَّةِ؛ بدليلِ أنَّ المالكَ لو انتَظر وقتَ وجودِه كان له المطالبةُ به، وإذا كان في ذِمَّتِه اعتَبر قيمتَه يومَ النقلِ إلى القيمةِ، وذلك يكونُ في وقتِ الخصومةِ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّه لمَّا تعذَّر مثلُه صار كأنَّه في الأصلِ لا مثلَ له، فيُعتَبَرُ قيمتُه يومَ الغصبِ.

وجهُ قولِ محمدٍ: أنَّه يجِبُ عليه تَسْليمُه في كلِّ وقتٍ، وانقطاعُه سببٌ يُوجِبُ تَعذُّرَ تَسْليمِه، فصار كأنَّه استهلَكه في ذلك الوقتِ، فيَلزَمُه قيمتُه فيه.

وقد قالوا: إنَّ مَن استخدَم عبدًا لغيرِه أو بعَثه في حاجةٍ، فتلِف في الطريقِ فهو ضامنٌ، وذلك لأنَّ العبدَ قد صار في يدِه؛ ألَا ترَى أنَّ الاستخدامَ تَصرُّفٌ ويَدٌ[1]؛ بدليلِ أنَّهما لو اختَصما فيه كان القولُ قولَ المُستخدِمِ، وإذا ثبَتَتْ يدُه عليه صار غاصبًا فضمِن، وكذلك لو حمَل شيئًا على دابةِ[2] غيرِه؛ لأنَّ الحملَ تَصرُّفٌ فقد صارتِ الدابةُ بذلك في يدِه، فصار غاصبًا فلزِمه الضمانُ.

وقد قالوا: لو أنَّ رجلًا جلَس على بساطِ رجلٍ بغيرِ إذنِه لم يَكُنْ غاصبًا؛ لأنَّ الغصبَ هو النقلُ[3]، ولم يُوجَدْ.

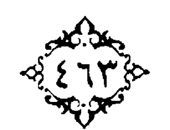
وقد قالوا: لو غصَب عبدًا فأبِق، أو أمَةً فزنَتْ، ولم يَكُنِ العبدُ أبِق قبلَ ذلك، ولا زَنَتِ الجاريةُ، فعلى الغاصبِ ما نقَصا؛ لأنَّ ذلك عيبٌ تَنقُصُ به القيمةُ،

---

(١) في (أ٢، ي): (يد).

(٢) هنا ينتهي التأخر المشار إليه سابقًا في النسخة (ي) بعد قول المصنف: «أصلُه الثوبُ إذا ألقَتْه الريحُ في دارِه». تحت قول الماتن: «وولدُ المغصوبةِ ونماؤُها وثمرةُ البستانِ المغصوبِ أمانةٌ في يدِ الغاصبِ...».

(٣) في (ي): «الفعل».



فصار كالعيوبِ في الخلقةِ؛ فأمَّا نُقْصانُ القيمةِ مِن غيرِ عَيْبٍ فلا يَضمَنُه الغاصبُ؛ لأنَّه لا تَعلُّقَ له برقبةِ العبدِ، وإنما هو شيءٌ يُحدِثُه اللَّهُ تعالى في القلوبِ، وعلى هذا كلُّ شيءٍ يُوجَدُ في يدِ الغاصبِ مما تَنقُصُ به القيمةُ فهو ضامنٌ له.

ومعرفةُ مقدارِ ما نقَص العيبُ مِن العينِ المغصوبةِ هو أن تُقَوَّمَ العينُ صحيحةً، وتُقَوَّمَ وبها ذلك العيبُ، فيَلزَمُه فضلُ ما بينَهما.

وقد قالوا: كلُّ ما زالَ مِن العيوبِ الحادثةِ في يدِ الغاصبِ، ثُمَّ رَدَّها سقَط ضمانُه، (1) وذلك لأنَّ الضمانَ وجَب لأجلِ النَّقْصِ الحاصلِ فيها، فإذا زالَ صار كأن لم يَكُنْ فسقَط الضمانُ (1).

وقد قالوا: لو غصَب عبدًا شابًّا فشاخَ عندَ الغاصبِ فعليه نُقْصانُ قيمتِه؛ لأنَّ صفتَه تغيَّرتْ عندَ الغاصبِ تَغيُّرًا يُوجِبُ نُقْصانَ القيمةِ، فلزِمه الضمانُ كما لو مرِض العبدُ في يدِه [2].

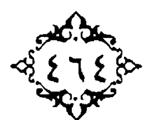
(3) وقالوا: لو غصَب عبدًا قارئًا فنسِي القرآنَ، أو عبدًا خَبَّازًا فنسِي الخبزَ، فإنَّه يَضمَنُ النُّقْصانَ أيضًا لِما بَيَّنَّاه (3).

وقد قالوا: لو غصَب شيئًا مِن الحيوانِ، فكبِر عندَ الغاصبِ وزادَتْ قيمتُه، فللمغصوبِ منه أن يأخُذَه ولا شيءَ للغاصبِ، وكذلك لو غصَب عبدًا جريحًا فَدَاوَاه حتى صَحَّ، أو غصَب أرضًا فيها نخلٌ أو زرعٌ فسَقاه الغاصبُ وأنفَق عليه،

(1-1) ما بين القوسين ليس في (ي).

(2) ينظر: «بدائع الصنائع» (7/ 155).

(3-3) ما بين القوسين ليس في (ي).



ثُمَّ حضَر المغصوبُ منه فله أن يأخُذَه، وذلك لأنَّ الزيادةَ نماءٌ مِن مِلْكِ المغصوبِ منه، وقد تبرَّع الغاصبُ بالإنفاقِ على مِلْكِ غيرِه فلا يرجِعُ عليه بشيءٍ[1].

وقالوا: إذا غصَب ترابًا فلَبَّنَه أو جعَله آنيةً، فإن كان له قيمةٌ [2]فعليه قيمتُه[2]، مثلُ الحِنْطةِ إذا طحَنها على اختلافِهم، وإنْ لم يَكُنْ له قيمةٌ فلا شيءَ على الغاصبِ؛ لأنَّ ما لا يُتَقوَّمُ لا يُضمَنُ كالحرِّ.

وقالوا: لو أنَّ رجلًا غصَب عُصْفُرًا الرجلٍ، فصبَغ به ثوبَه فعليه مثلُ ما أخَذ إن قدَر على كَيْلِه أو وَزْنِه، وإن لم يَقدِرْ على كَيْلِه ووَزْنِه، فعليه قيمتُه يومَ يَخْتصِمان إن كان مما [3]له مِثْلٌ، وإن كان مما[3] لا مثلَ له فعليه قيمتُه يومَ أخَذه، وذلك لأنَّ الصِّبْغَ صار مُسْتَهلَكًا في الثوبِ وتابعًا له؛ بدليلِ أنَّ المالكَ إذا باعَ الثوبَ دخَل الصِّبْغُ فيه بغيرِ تَسْميةٍ، ولو باعَ الصِّبْغَ لم يَجُزْ، وإذا صار مُسْتَهلَكًا ضمِنه، فإن كان له مثلٌ فعليه مثلُه، وإن لم يَقدِرْ على مثلِه فهو على الخلافِ الذي بيَّنَّاه فيما ينقطِعُ عن أيدِي الناسِ.

وقالوا: لو أنَّ ثوبًا وقَع في صِبْغِ رجلٍ فانصبَغ به ولم يَصبِغْه أحدٌ، فإنْ كان الصِّبْغُ يزيدُ في الثوبِ فصاحبُه بالخيارِ، إنْ شاءَ سَلَّمَ له ثوبَه وأَعْطاه ما زادَ الصِّبغُ فيه، وإن شاءَ امتنَع مِن ذلك، فبِيعَ الثوبُ فضرَب فيه صاحبُ الثوبِ [4]بقيمةِ الثوبِ غيرَ مصبوغٍ، ويضرِبُ فيه صاحبُ الصِّبغِ بقيمةِ الصِّبغِ في الثوبِ[4]، وذلك لأنَّه لا ضمانَ على المالكِ؛ لأنَّه لم يُوجَدْ منه تَعَدٍّ في الصِّبغِ؛

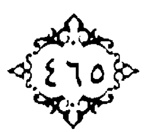
---

(١) ينظر: «الأصل» (١٠/ ٥٥١)، و«عيون المسائل» (ص١٣٨)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ١٦٢).

(٢-٢) في (س، ع): «فهو».

(٣-٣) ليس في (س).

(٤-٤) ليس في (س).



وكذلك لا ضمانَ على صاحبِ الصِّبغِ؛ لأنَّه لم يَتَعدَّ في الثوبِ، والصِّبغُ عينُ مالٍ قائمةٌ؛ إلا أنَّه تابعٌ للثوبِ على ما بَيَّنَّاه، فيكونُ الخيارُ لصاحبِ الثوبِ.

وإنما ضرَب صاحبُ الثوبِ بقيمةِ الثوبِ أبيضَ؛ لأنَّ الزيادةَ بالصِّبغِ حصَلتْ مِن مِلْكِ غيرِه، فلا يضرِبُ بها، ويضرِبُ صاحبُ الصِّبغِ بقيمةِ الصِّبغِ في الثوبِ؛ لأنَّ الصِّبغَ يَنقُصُ قيمتُه بحصولِه في الثوبِ، وهو[1] إنما يَستحِقُّ قيمتَه في الحالِ، وهو ناقصٌ فيضرِبُ بقيمتِه ناقصًا.

وقالوا: لو أنَّ رجلًا غصَب ثوبًا لرجلٍ فصبَغه بعُصْفرٍ لآخرَ، ثُمَّ ذهَب الفاعلُ فلم يُعرَفْ، فالقولُ في ذلك مثلُ القولِ فيه، إذا انصبَغ بغيرِ فعلِ أحدٍ، وكان القياسُ أنْ لا يكونَ لصاحبِ الصِّبغِ سبيلٌ على ما في الثوبِ مِن الصِّبغِ؛ لأنَّ الذي صبَغ الثوبَ ملَك الصِّبغَ، وثبَت لصاحبِ الصِّبغِ حقُّ الضمانِ، فلم يَكُنْ لصاحبِ الصِّبغِ سبيلٌ على ما في الثوبِ؛ لأنه على مِلْكِ غيرِه.

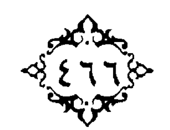
وجهُ الاستحسانِ: أنَّه لمَّا لم يُعرَفِ الذي تعلَّق به الضمانُ سقَط حكمُه، وصار كأنَّ الثوبَ وقَع في الصِّبغِ بالرِّيحِ.

وقد قالوا: لو أن رجلًا غصَب ثوبًا وعُصْفُرًا لرجلٍ واحدٍ فصبَغه به، فالمغصوبُ منه بالخيارِ؛ إن شاءَ أخَذ الثوبَ مصبوغًا وأبرَأ الغاصبَ مِن الضمانِ في العُصْفُرِ والثوبِ، وهو استحسانٌ، والقياسُ: أن يُضَمِّنَ الغاصبُ عُصْفُرًا مثلَ العُصْفُرِ، ويُعطِيَه صاحبَ الثوبِ مثلَ[2] ما زادَ العُصْفُرُ في الثوبِ، وإن شاءَ ضَمَّنَه قيمةَ الثوبِ وعُصْفُرًا مثلَ العُصْفُرِ.

---

(١) في (ي): «وهذا».

(٢) من (ي).



وجهُ القياسِ: أنَّ الغاصبَ ملَكَ الصِّبغَ بالاستهلاكِ، فصار كأنَّه صبَغ بصِبْغِ نفسِه، فيَغرَمُ له صاحبُ الثوبِ زيادةَ الصِّبغِ في ثوبِه، ويرجِعُ عليه بمثلِه.

وجهُ الاستحسانِ: أنَّه خلَط أحدَ المالَيْن بالآخِر، ومالُ الإنسانِ لا يصيرُ مُسْتهلَكًا في مالِه، وإنَّما يَدخُلُ فيه نقصٌ، فإذا اختارَ الأخذَ فقد أُبرِئَ مِن النَّقْصِ فجاز.

وقالوا: لو كان العُصْفُرُ لرجلٍ والثوبُ لرجلٍ آخرَ، فرَضِيَا أن يأخُذَا[1] الثوبَ مصبوغًا، كما يأخُذُه الواحدُ إذا كان الثوبُ والعُصْفُرُ له، فليس لهما ذلك، ولكن لصاحبِ الثوبِ أن يأخُذَ الثوبَ ويَرُدَّ على الغاصبِ ما زادَ الصِّبغُ فيه، ويَتبَعَ صاحبُ العُصْفُرِ الغاصبَ بمثلِ عُصْفُرِه، وذلك لأنَّه لمَّا صبَغ الثوبَ بالعُصْفُرِ صار مُسْتَهلَكًا له ووجَب عليه مثلُه، فلم يَكُنْ لصاحبِه عليه سبيلٌ.

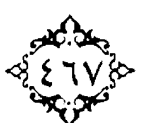
وقد قالوا: لو أنَّ الغاصبَ فتَل الثوبَ[2]، أو غسَله فلصاحبِه أنْ يأخُذَه بغيرِ شيءٍ، وذلك لأنَّ الفتلَ والغسلَ ليس بزيادةِ عينِ مالٍ فيه؛ وإنما هو تَغيُّرُ صفةِ أجزائِه، والغسلُ إزالةُ الوسخِ عنه ورَدُّه إلى لونِ القطنِ، والصابونُ والأُشْنانُ لا يَبْقَى لهما عينٌ في الثوبِ، بل يَتْلَفُ فهو مخالفٌ للصِّبغِ.

وقد قالوا: لو غصَب جلدًا فدبَغه؛ فإن كان دبَغه بما لا قيمةَ له مثلَ الشمسِ والترابِ، فلصاحبِه أخذُه ولا شيءَ للغاصبِ؛ لأنَّه ليس[3] فيه عينُ مالٍ قائمةٌ،

(١) في (ع، ي): «يأخذ».

(٢) قال في حاشية (ح): «أي: فتل أهدابه بعضها ببعض، أما لو فتله بحرير فهو زيادة كالصبغ».

(٣) بعده في (ج): «له».



وإنما هناك منافعُ وهي غيرُ مُقَوَّمةٍ بنفسِها، وليس له أن يُضَمِّنَ الغاصبَ؛ لأنَّ الجلدَ بحالِه لم يَدخُلْه نقصٌ، ولم يَلزَمْ مالكَه غُرْمٌ.

وأمَّا إذا دبَغه بما له قيمةٌ؛ فإنْ شاءَ صاحبُه ضَمَّنه قيمتَه غيرَ مدبوغٍ، وإن شاءَ أخَذه وأَعْطاه مثلَ[1] ما زادَ الدِّباغُ فيه؛ وذلك لأنَّ الدِّباغَ بما[2] له قيمةٌ عينُ مالٍ قائمةٌ في الجلدِ، فصار كالصِّبغِ في الثوبِ.

وهذا كلُّه إذا كان الجلدُ مُذَكًّى؛ فإنْ غصَبه جلدَ مَيْتَةٍ، فدَبَغه بما لا قيمةَ له فلصاحبِه أخذُه؛ لأنَّه استحالَ مالًا على حُكْمِ مِلْكِه مِن غيرِ زيادةٍ مِن جهةِ الغاصبِ فيه، وهذا الجوابُ إنما يَصِحُّ إذا أخَذ الجلدَ مِن منزلِ صاحبِه؛ فإن كان صاحبُه قد أَلْقاه في الطريقِ، فأخَذه رجلٌ فدبَغه، فلا سبيلَ له على الجلدِ؛ لأنَّ إلقاءَه في الطريقِ إباحةٌ لأخذِه، فلا يَثبُتُ له الرجوعُ بعدَ ذلك؛ وأمَّا إذا أخَذه مِن منزلِه ودبَغه بما له قيمةٌ، فلصاحبِه أن يأخُذَه ويَغرَمَ له ما زادَ الدِّباغُ على ما بيَّنَّاه، وليس له أن يُضَمِّنَه قيمةَ الجلدِ؛ لأنَّه غصَبه إيَّاه ولا قيمةَ له.

وقد قالوا: لو أنَّ الغاصبَ جعَل هذا الجلدَ أديمًا أو (3دفترًا أو جِرابًا3)، لم يَكُنْ لصاحبِه عليه سبيلٌ ولا خيارٌ.

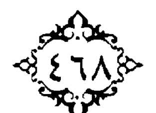
فإنْ كان ذكيًّا حالَ غصبِه ضَمَّنَه قيمتَه، وإن كان مَيْتةً فلا شيءَ له، وذلك لأنَّه قد زالَ الاسمُ، وأكثرُ المنافعِ بصبغِه حادثةٌ، فزالَ مِلْكُ المغصوبِ منه،

---

(1) من (س).

(2) في (ي): «مما».

(3-3) في (أ2): «دفترًا أو أجزاء»، وفي (ي): «دميرًا أو آخر».



كما لو غصَب (١ثوبًا فقطَعه وخاطَه، وإذا زالَ مِلْكُه فإن كان ذَكِيًّا فله قيمتُه عندَ الغصبِ، وإن كان١) مَيْتةً فلا قيمةَ له عندَ الغصبِ ولا يُضَمَّنُ شيئًا، ولا حقَّ للمغصوبِ منه في العينِ؛ لِما بَيَّنَّا أنَّ الغاصبَ قد ملَكها، فسقَط الضمانُ.

وقد قالوا: لو أنَّ رجلَيْن أودَع كلُّ واحدٍ منهما رجلًا ألفَ درهمٍ، فخلَط المُودَعُ المالَيْن، قال أبو حنيفةَ: لا سبيلَ لهما على أخذِ هذه الدراهمِ، ولهما على المُودَعِ مثلُها(٢).

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: هما بالخيارِ إن شاءَا أخَذاه بألفَيْن سوى هذَيْن الألفَيْن، وإن شاءَا أخَذا هذَيْن الألفَيْن.

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ الخلطَ استهلاكٌ؛ بدليلِ أنَّ للمالكِ حقَّ التَّضمينِ مع بقاءِ العينِ، والاستهلاكُ يُسقِطُ حقَّ المالكِ.

وجهُ قولِهما: أنَّ العينَ باقيةٌ، وإنما (٣دخَلها عَيبٌ٣) بالخلطِ والشركةِ، فيكونُ المالكُ بالخيارِ إن شاءَ أخَذها مع النقصِ، وإن شاءَ ضمِن الخالطَ.

ولو لم تكنِ المسألةُ كذلك، ولكنْ أودَعه رجلٌ كُرَّ شعيرٍ وأودَعه آخرُ كُرَّ حِنْطةٍ، فخلَطهما فهو ضامنٌ مثلَ الحِنْطةِ لصاحبِها، ومثلَ الشعيرِ لصاحبِه، وهو على الخلافِ الذي قَدَّمْناه.

فإن اختارَا أخذَ ذلك على قولِ أبي يوسفَ، ومحمدٍ، فأخَذاه وباعَاه اقتَسما

(١-١) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ١٦٥)، و«المحيط البرهاني» (٥/ ٤٦١).

(٣-٣) في (ي): «دخل العيب».



الثمنَ على قيمةِ الحِنْطةِ مخلوطةً[1] بالشعيرِ، وعلى قيمةِ الشعيرِ غيرَ مخلوطٍ بالحِنْطةِ، وذلك لأنَّ الحِنْطةَ دخَلها عيبٌ بخلطِ الشعيرِ، وصاحبُها إنما يَستحِقُّ بدلَها في الحالِ وهي مَعِيبةٌ[2]، فيضرِبُ بقيمتِها على تلك الصفةِ، واختلاطُ الشعيرِ بالحِنْطةِ يُوجِبُ زيادةَ قيمتِه[3]، وتلك الزيادةُ مِن مِلْكِ الغيرِ، فلا يكونُ لصاحبِ الشعيرِ أن يَضرِبَ بها.

وقد قالوا: إذا اختلَف الغاصبُ والمغصوبُ منه فيما غصَب أو في صفتِه أو في قيمتِه، فالقولُ في ذلك كلِّه قولُ الغاصبِ مع يمينِه؛ وذلك لأنَّ الأصلَ براءةُ الغاصبِ، فيكونُ القولُ قولَه في براءةِ ذِمَّتِه، إلا أن يُثبِتَ بالبيِّنةِ غيرَ ذلك.

ولو قال المغصوبُ منه: غصَبْتَني هذه الأمةَ التي في يدِك. وقال الغاصبُ: بل غصَبْتُك هذا العبدَ أو هذا الثوبَ. فالقولُ قولُ الغاصبِ ولا شيءَ عليه؛ وذلك لأنَّ المُدَّعِيَ يَدَّعِي غصبَ الجاريةِ، وصاحبُ اليدِ يُنكِرُ ذلك، والأصلُ أن لا غصبَ، فيكونُ القولُ قولَ صاحبِ اليدِ فيه، (5وقد اعترَف صاحبُ اليدِ بالعبدِ للمُدَّعِي فرَدَّ[4] اعترافَه، فسقَط ولم يَكُنْ له عليه شيءٌ5).

وقد قالوا: لو غصَب رجلٌ شيئًا في بلدٍ، فطُولِبَ به في بلدٍ آخرَ فهو على وجهَيْن؛ إمَّا أن يكونَ الغصبُ مِن جنسِ الأثمانِ أو مِن غيرِها، فإنْ غصَب دراهمَ أو دنانيرَ في بلدٍ والْتَقَيا في بلدٍ آخرَ، فطالَبه بها فعليه تَسْليمُها فيه، وليس لصاحبِها أن يَطلُبَ قيمتَها وإن اختلَف سعرُها؛ لأنَّ الدراهمَ والدنانيرَ هي

---

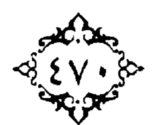
(1) ليس في (ج).

(2) في (غ، ل): «معينة»، وفي (ي): «متعينة».

(3) في (ع، ي): «قيمة».

(4) في (ي): «المدعي قد أدَّى».

(5-5) ما بين القوسين ليس في (ع).



الأثمانُ (١في كلِّ مكانٍ لا يختلِفُ، فإنْ شاءَ المغصوبُ منه أخَذها، وإنْ شاءَ أخَّر المطالبةَ؛ لأنَّها حقٌّ له.

وأمَّا إذا كان الغصبُ في غيرِ الأثمانِ١) فالتقَيا في بلدٍ آخرَ (٢فطالَبه بها٢)، فإنْ كانتِ العينُ قائمةً في يدِ الغاصبِ، وقيمتُها في هذا المكانِ مثلُ قيمتِها في مكانِ الغصبِ أو أكثرُ، فللمغصوبِ منه أخذُها، وليس له أن يُطالِبَ بقيمتِها؛ لأنَّ الغاصبَ أزالَ يدَه عن العينِ، وقد رَدَّها عليه مِن غيرِ فَواتِ قيمةٍ، فصار كما لو رَدَّها في مكانِ الغصبِ، (٣وإن كان سِعْرُها في هذا المكانِ أقلَّ مِن سِعرِها في مكانِ الغصبِ٣)، فالمغصوبُ منه بالخيارِ؛ إنْ شاءَ أخَذها وإنْ شاءَ طالَب بقيمتِها في مكانِ الغصبِ، وإن شاءَ انتَظر حتى يأخُذَه في البلدِ الذي غصَبه فيه.

أمَّا إذا أخَذها فقد أسقَط حقَّه مِن النُّقصانِ وهو يملِكُ ذلك، وأمَّا جوازُ مُطالبتِه بقيمتِها في مكانِ الغصبِ فلأنَّه فَوَّتَ عليه قَدْرًا مِن المالِ، ولا يعودُ ذلك إليه بِرَدِّ العينِ، فكان له أن يَعْدِلَ إلى(٤) قيمتِها كما لو دخَلها عيبٌ، وإنما كان له أن ينتظِرَ؛ لأنَّ المطالبةَ ثبَتَتْ بحقِّه(٥)، فإذا أخَّرها جازَ.

وقد قالوا: إذا غصَب الرجلُ الرجلَ شيئًا، ثُمَّ إن المغصوبَ منه أحدَث في

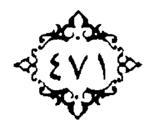
(١-١) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٢-٢) ليس في (أ٢، ر، س، ض، ي).

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (ع).

(٤) في (ي): «في».

(٥) في (ج، غ، ض): «لحقه».



الشيءِ المغصوبِ حدثًا، أو فعَل فيه، أو به فعلًا لو كان فعَله في مِلْكِ غيرِه صار به غاصبًا ضامنًا، فإنَّ المغصوبَ منه يصيرُ بذلك قابضًا له، ويُبرِئُ الغاصبَ منه، وذلك مثلُ أن يستخدمَ العبدَ المغصوبَ، أو يلبسَ الثوبَ، أو يركبَ الدَّابَّةَ؛ وذلك لأن الفعلَ الذي يصيرُ به غاصبًا يوجِبُ ثُبُوتَ يدِه على العينِ، وثبوتُ يدِ المالكِ على العينِ[1] المغصوبةِ يوجِبُ سقوطَ ضمانِ الغصبِ كما لو رَدَّها، وسواءٌ في ذلك عرَف المغصوبُ منه ذلك أو لم يَعرِفْ؛ لأنَّ ما يوجِبُ سقوطَ الضَّمانِ لا يختلفُ بالعلمِ والجهلِ، [2]أصلُه البراءةُ[2].

وقد قالوا: لو أحرَق رجلٌ بابًا منحوتًا عليه تماثيلُ منقوشةٌ ضمِن قيمتَه غيرَ منقوشٍ، فإن كان صاحبُه قد قطَع رُؤُوسَ التماثيلِ قبلَ ذلك ضمِن قيمتَه منقوشًا شَجَرًا[3]، وذلك لأنَّ نقشَ التماثيلِ معصيةٌ، فلا يُتَقوَّمُ في الضمانِ كما لا يُتَقوَّمُ الغناءُ في الجاريةِ المُغنيةِ، وأمَّا إذا قطَع رؤوسَها فالباقي غيرُ ممنوعٍ[4] منه، فيضمَنُه لذلك.

والله أعلم

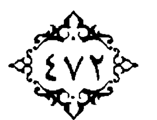
---

(١) هنا يستقيم موضع الكلام المتأخر في (ي) والمشار إليه فيما تقدَّم.

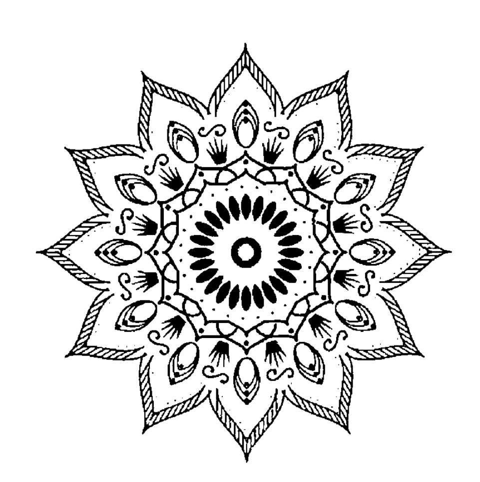
(٢-٢) ليس في (ج).

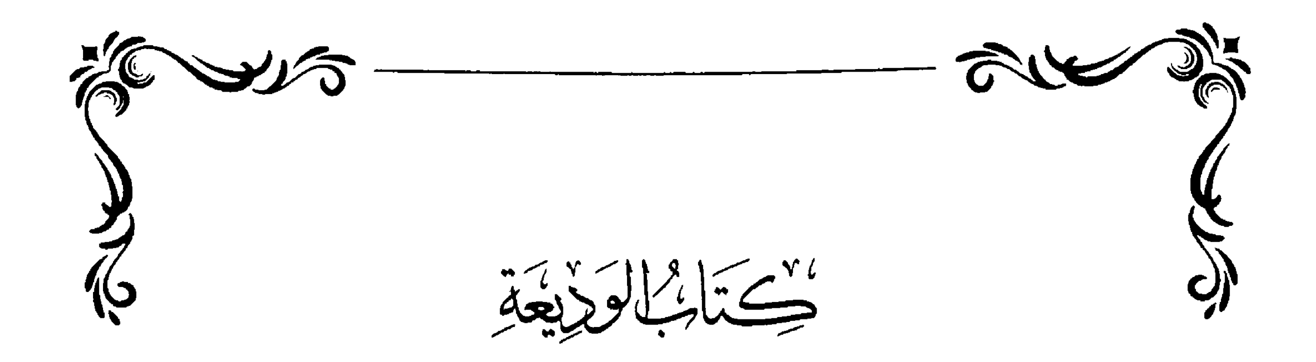
(٣) في (ي): «منجزًا».

(٤) في (ي): «مضمون».



كِتَابُ الوَدِيعَةِ





كتاب الوديعة

الدليلُ على جوازِ الوديعةِ: قولُه تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ﴾ [المائدة:٢]، وهذا مِن التعاونِ على البِرِّ، وقال النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن ائْتُمَنَ أمانةً فَلْيُؤَدِّها[١]». ولا خلافَ في ذلك بينَ الأمَّةِ.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الوديعةُ أمانةٌ في يدِ المُودَعِ إذا هَلَكتْ [٢]في يدِه[٢] لم يَضْمَنْها.

وذلك لقولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ليس على المُودَعِ غيرِ المُغِلِّ[٣] ضمانٌ»[٤].

---

(١) في (س، ي): «فليردها».

والحديث أخرجه أحمد (٢٠٦٩٥) من طريق علي بن زيد، عن أبي حرة الرقاشي، عن عمه. وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٣/ ٢٦٦): «أبو حرة الرقاشي وثقه أبو داود وضعفه ابن معين. وفيه علي بن زيد، وفيه كلام».

(٢-٢) ليس في: (نسخة مختصر القدوري).

(٣) أي: إذا لم يَخُن في العارية والوديعةِ فلا ضمانَ عليه، مِن الإغلالِ: يعني: الخيانة. وقيل: المُغِلّ هاهنا المُسْتَغِلّ، وأراد به القابضِ؛ لأنَّه بالقبض يكونُ مُسْتغِلًّا. والأوَّلُ الوجه. ينظر: «النهاية» (٣/ ٣٨١).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٠١): «غير المُغِل بضم الميم، وكسر الغين، وآخره لام: أي غير الخائن، من الإغلال، وهو الخيانة».

(٤) أخرجه الدارقطني (٢٩٦١/ ٢)، ومن طريقه البيهقي (٦/ ٩١) من طريق عمرو بن عبد الجبار، عن عُبيدة بن حسان، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. قال الدارقطني: «عمرو، وعبيدة ضعيفان، وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع».

قال: وللمُودَعِ أن يحفظَها بنفسِه، ومَن[1] في عيالِه.

وذلك لأنَّ الإنسانَ لا يلزَمُه حفظُ مالِ الغيرِ إلَّا على الوجهِ الذي يحفظُ [2]به مالَ نفسِه، والإنسانُ يحفظُ[2] مالَ نفسِه بنفسِه، ومَن[3] في عيالِه، كذلك الوديعةُ، ولأنَّه لا يَتمكَّنُ مِن الحفظِ إلا بهم؛ ألَا تَرى أنَّ الإنسانَ يخرُجُ مِن بيتِه فيصيرُ جميعُ ما في البيتِ في يدِ مَن هو فيه، فصار مأذونًا في الحفظِ بهم مِن طريقِ الحكمِ[4].

وقد قال الشافعيُّ: إنَّه يضمنُ إلا أن يَسْتحفِظَهم استعانةً مِن غيرِ أن يغيبَ عن عينِه[5].

واستدلَّ بأنَّه أودَعَ الوديعةَ بغيرِ إذنِ صاحبِها مِن غيرِ حاجةٍ، فلزِمه الضمانُ، أصلُه إذا أودَعها مِن أجنبيٍّ.

الجوابُ: أن تسليمَها إلى عبدِه وزوجتِه ليس بإيداعٍ، وإنما هو استخدامٌ واستحفاظٌ؛ يُبيِّنُ ذلك [6]أنَّ المُودَعَ تَنفرِدُ[6] يدُه عن يدِ مُودِعِه، وهاهنا يَدُهم

وأخرج الدارقطني، والبيهقي رواية شريح، وقال البيهقي: «هذا هو المحفوظ عن شريح القاضي من قوله». ينظر: «نصب الراية» (٤/ ١١٥).

(١) في (نسخة مختصر القدوري): «بمن».

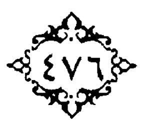
(٢-٢) من (أ٢، ج، غ، ل، ي).

(٣) بعده في (ج، غ): «هو».

(٤) ينظر: «المبسوط» (١١/ ١١٧)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٧٢)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٩).

(٥) ينظر: «المهذب» (٢/ ١٨١)، و«نهاية المطلب» (١١/ ٤٣١)، و«حلية العلماء» (٥/ ١٧٣)، و«البيان» (٦/ ٤٩٦).

(٦-٦) في (ي): «تمييز».



غيرُ مُتميِّزةٍ مِن يدِه، وحِرْزُهم حِرْزٌ واحدٌ، فهو كما لو وضَعها في بيتٍ، ثُمَّ استحفَظ أهلَ البيتِ، فأمَّا الأجنبيُّ، فالإيداعُ لا يَقْتضِي حُصُولَ العينِ في يدِه حُكْمًا، فلم يَجُزْ تسليمُ الوديعةِ[1] إليه نُطْقًا، والزوجةُ والعبدُ بخلافِه.

قال: فإن كان[2] حفِظها بغيرِهم أو أودَعها ضمِن.

وذلك لأنَّ المالكَ رضِي بيدِه، ولم يَرْضَ بيدِ غيرِه، وحكمُ الأيدِي تختلِفُ، وإذا سَلَّمَها إلى مَن ليس في عيالِه، فقد حفِظها بيدٍ لم يَرْضَ بها المالكُ، فيضمنُ لمخالفتِه.

قال: إلَّا أن يقعَ في دارِه حريقٌ فيُسَلِّمَها إلى جارِه، أو يكونَ في سفينةٍ يخافُ الغرقَ فيُلْقِيَها إلى سفينةٍ أُخرَى.

وذلك لأنَّه مأمورٌ بالحفظِ، ولا يقدِرُ على الحفظِ في هذه الحالِ إلا بالإيداعِ فكان مأذونًا فيه، فسقَط عنه الضمانُ، وقد قال أبو يوسفَ: إنه لا يُصَدَّقُ على العُذْرِ[3] حتى يُقِيمَ البَيِّنَةَ عليه[4].

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ؛ لأنَّ الإيداعَ سببٌ للضمانِ، فإذا ادَّعَى سُقُوطَ الضمانِ للضرورةِ لم يُقبَلْ قولُه، كما لو ادَّعَى أنَّ المالكَ أذِن له في الإيداعِ.

قال: وإن خلَطها المُودَعُ بمالِه حتى لا تَتميَّزَ[5] ضمِنها.

---

(١) في (ي): «الوكيل».	(٢) من (س).

(٣) في (ج، غ): «الغرق».

(٤) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١٩٠)، «تبيين الحقائق» (٥/ ٧٧).

(٥) في (أ٢، ر، غ، ي): «يتميز»، وغير منقوطة في (س، ض، ق، ل). والمثبت موافق لما في =



وذلك لأنَّ الخلطَ استهلاكٌ؛ ألا تَرى أنَّه قد تعذَّر عليه تسليمُها بعينِها بفعلٍ مِن جهتِه، فصار كما لو أتلَفها.

قال: وإنْ طلَبها صاحبُها فحبَسها عنه، وهو يقدِرُ على تسليمِها[1]، ضمِن.

والأصلُ في ذلك أن رَدَّ الوديعةِ واجبٌ؛ لقولِه تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء:٥٨]، وقال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن ائتُمن أمانةً فليُؤَدِّها»[2].

وقد قالوا: إنَّ الواجبَ عليه التَّمكينُ مِن أخذِها دونَ حملِها إلى صاحبِها، وإذا ثبَت أن الرَّدَّ عليه واجبٌ، فإذا طالَبه به فقد عزَله عن الحفظِ، فإذا لم يَرُدَّها عليه فقد أمسَك مالَ غيرِه بغيرِ إذنِه، فلزِمه الضمانُ.

قال: وإنِ خلطها[3] بمالِه بغيرِ فعلِه فهو شريكٌ لصاحبِها.

وذلك لأنَّ اختلاطَه بمنزلةِ الاستهلاكِ على ما بيَّنَّا، وقد حصَل بغيرِ فعلِه، ولو تَلِفتْ بغيرِ فعلِه لم يضمَنْها، كذلك إذا اختَلَطتْ بغيرِها بغيرِ فعلِه، وإذا لم يضمَنْ كان المالُ شركةً بينَهما؛ لوجودِ مِلْكِ كلِّ واحدٍ منهما في بعضِه.

قال: وإنْ أنفَق المُودَعُ بعضَها، ثُمَّ رَدَّ مثلَه فخلَطه بالباقي [ضمِن[4] الجميعَ.

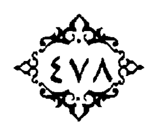
(نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣٤٨).

(١) بعده في (ي): «فهلَكتْ».

(٢) تقدَّم تخريجه.

(٣) في (أ٢، ج، س، ع): «اختلط».

(٤) في (ي): «فهلك يضمن».



وهذا صحيحٌ؛ أمَّا ما أنفَقه فعليه ضمانُه؛ لأنه أتلَفه، وأمَّا الباقي][1] فيَضمَنُه؛ لأنَّ المردودَ مالُه، فإذا خلَطه بالوديعةِ خَلْطًا لا يَتميَّزُ فقد استهلَكها، فيَضْمَن الجميعَ لذلك.

قال: وإذا تعدَّى المُودَعُ في الوديعةِ مثلَ أنْ كانَتْ دابةً فركِبها، أو ثوبًا فلبِسه، أو عبدًا فاستخدَمه، أو أودَعها عندَ غيرِه، ثُمَّ أزالَ التَّعدِّيَ وردَّها إلى يدِه زالَ الضمانُ[2].

وقال الشافعيُّ: لا يزولُ الضمانُ[3].

دليلُنا: أنَّ أمرَه بالحفظِ عامٌّ في جميعِ الأوقاتِ، ولهذا يملِكُ إمساكَها على التأبيدِ، ولا يختَصُّ بوقتٍ دون وقتٍ، والتَّعدِّي لا يُبطِلُ الأمرَ؛ الدليلُ عليه أنَّ مَن وكَّل رجلًا يبيعُ[4] عبدَه فأعتَقه أو وهَبه[5] أو باعَه بثمنٍ يسيرٍ، وقد أمَره بأكثرَ مِن ذلك، فقد تعدَّى، ولا يجوزُ ما فعَله، ولا يمنَعُه ذلك مِن بيعِه في الثاني.

ولأنَّ مخالفةَ المأمورِ فيما يتناولُه الأمرُ لا يُبطِلُ الأمرَ، أصلُه أوامرُ صاحبِ الشريعةِ، وإذا ثبَت أنَّ الأمرَ لا يَبطُلُ بالتَّعدِّي، فإذا أزالَه عادتِ العينُ إلى يدِه على ما كانَتْ عليه مِن الأمرِ، فسقَط الضمانُ، وصار كأنَّ التَّعدِّيَ لم يَكُنْ.

---

(١) ما بين المعقوفين ليس في: (س).

(٢) ينظر: «التجريد» (٨/ ٤٠٨٧)، و«المبسوط» (١١/ ١٢٦)، و«الهداية» (٣/ ٢١٦)، و«العناية» (٨/ ٤٨٩).

(٣) ينظر: «الحاوي» (٧/ ١٢٤)، و«بحر المذهب» (٥/ ٢٠٩، ٢١٠)، و«البيان» (٦/ ٤٩٥).

(٤) في (ع): «ببيع».

(٥) في (ي): «أو رهنه».



فإن قيل: وديعةٌ بلَغتْ حالةً لو تَلِفتْ فيها ضمِنها، فوجَب أن لا يزولَ ضمانُها عنه بفعلِه، أصلُه إذا جحَدها، ثُمَّ اعترَف بها.

قيل له: يَبطُلُ به إذا أحضَر[1] الوديعةَ بعدَ التَّعدِّي، ومَكَّنَ المالكَ منها فلم يَقبِضْها، وأمَّا الجُحُودُ الذي يَتعلَّقُ به الضمانُ، فهو أن يكونَ بمَحْضَرٍ مِن المالكِ أو وكيلِه، ولو جحَد بغيرِ حضرتِهما لم يضمَنْ، فإذا جحَد بحضرةِ المالكِ فقد صرَف نفسَه عن الحفظِ؛ لأنَّ جُحُودَ العقودِ يَقْتضِي فسخَها، ولهذا لو تجاحَد المُتبايِعانِ انفسَخ البيعُ، والمُودَعُ يملِكُ عزلَ نفسِه بمحضَرٍ مِن صاحبِ الوديعةِ، فإذا انعزَل لم تَعُدِ الوديعةُ إلا بعقدٍ مُستأنَفٍ، وليس كذلك التَّعدِّي مع الاعترافِ؛ لأنَّه [2]لم يَزُلِ الأمرُ[2] بالحفظِ، فلذلك زالَ الضمانُ بزوالِ سببِه.

قال: وإنْ طلَبها صاحبُها فجحَده إيَّاها ضمِنها.

وذلك لأنَّ المُودَعَ يُمسِكُ الوديعةَ للمُودِعِ، فإذا جحَدها صار مُمسِكًا لنفسِه مالَ غيرِه بغيرِ إذنِه فلزِمه الضمانُ.

قال: فإنْ عادَ إلى الاعترافِ لم يَبرَأْ مِن الضمانِ.

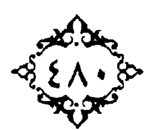
وذلك لأنَّ الجحودَ لا يكونُ إلا بعدَ مُطالبتِه، وإذا طالَبه بها فقد عزَله عن حفظِها، فإذا اعترَف بها، فلم يَرُدَّها إلى يدِ مالكِها، ولا إلى يدِ [3]مَن يقومُ مقامَ[3] يدِ المالكِ، فلم يَسقُطِ الضمانُ.

---

(١) في (س، ع): «حضر».

(٢-٢) في (ج، ض، ع، غ، ل): «لم يرد الأمر»، وفي (س): «يزول الأمر»، وفي (ي): «لم يزل إلا».

(٣-٣) في (س): «تقوم مقام»، وفي (ع): «يقوم مقامه منها في».



قال: وللمُودَعِ أن يسافرَ بالوديعةِ، وإنْ كان له[1] حِمْلٌ ومؤُونةٌ.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، إلا في موضعٍ واحدٍ، وهو أن يكونَ طعامًا كثيرًا، فإنَّه يضمنُ اسْتِحسانًا إذا سافَر به.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يجوزُ أن يسافرَ بما له حملٌ ومؤُونةٌ[2].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ المُودَعَ لا يلتزِمُ[3] حفظَ الوديعةِ لتركِ السفرِ الذي يحتاجُ إليه لمصالحِه، ولا يجوزُ له أن يُودِعَ؛ لأنه يضمنُ بذلك ولا يلزَمُه أن يستأجرَ لها منزلًا؛ لأنَّه ضمانٌ لم يلتزِمْه[3] فلم يَبْقَ إلا أن يسافرَ بها لا سِيَّما والمُودِعُ قد أطلَق الأمرَ بالحفظِ؛ وذلك يَقْتضِي عمومَ الأحوالِ السفرِ والحضرِ.

وجهُ قولِهما: أنَّ ما له حملٌ ومؤُونةٌ يَلحَقُ المالكَ ضَرَرٌ بالسفرِ به لمؤُونةِ رَدِّه؛ ألَا ترى أنَّ المُودِعَ يجوزُ أن يموتَ، فيلزَمُ المالكَ الرَّدُّ، فلهذا لم يَجُزْ للمُودَعِ السفرُ به.

وجهُ ما قاله أبو حنيفةَ في الطعامِ الكثيرِ: هو أنَّه إذا كان كثيرًا جاز أن يستغرقَ المؤُونةَ ثمنُه، فيكونُ في حكمِ المُتلِفِ له.

وقد قال الشافعيُّ: لا يجوزُ للمُودَعِ أن يسافرَ بالوديعةِ بكلِّ حالٍ[4].

---

(١) في (س): «لها».

(٢) ينظر: «المبسوط» (١١/ ١٢٢)، و«الهداية» (٣/ ٢١٧)، و«البناية» (١٠/ ١٢١).

(٣) في (ي): «يلزمه».

(٤) ينظر: «الحاوي» (٨/ ٣٥٧، ٣٥٨)، و«نهاية المطلب» (١١/ ٣٧٦-٣٧٩)، و«بحر المذهب» (٦/ ١٩١)، و«الوسيط» (٤/ ٥٠٢، ٥٠١).



وهذا لا يَصِحُّ؛ لِما بيَّنَّا أنَّ أمرَه عامٌّ بالحفظِ، ولأنَّه مُؤْتَمنٌ في الحفظِ، فصار كالوَصِيِّ والأبِ.

فإن قيل: سافَر بالوديعةِ بغيرِ إذنِ صاحبِها مِن غيرِ ضرورةٍ، فلزِمه ضمانُها، أصلُه إذا كان الطريقُ مَخُوفًا.

قيل له: لا نُسَلِّمُ؛ لأنَّه لمَّا أطلَق الإذنَ، فعمومُه يَقْتضِي حفظَها في كلِّ حالٍ، والمعنى في السفرِ المخوفِ: أنَّه لو أمسَكها في مثلِه في الحضرِ لم يَجُزْ كذلك في السفرِ، وإذا كان سفرًا مأمونًا، فإذا أمسَكها على ذلك الوجهِ في الحضرِ لم يضمَنْ كذلك في السفرِ.

قال: وإذا أودَع رجلانِ (١عندَ رجلٍ١) وديعةً، ثُمَّ حضَر أحدُهما يَطلُبُ نصيبَه منها، لم يَدفَعْ إليه شيئًا حتى يحضُرَ الآخرُ عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَدْفَعُ إليه نصيبَه(٢).

وهذا الخلافُ الذي ذكَره إنما هو في المكيلاتِ والموزوناتِ، قاله أبو يوسفَ اسْتِحسانًا.

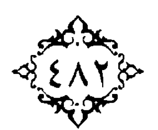
وقال محمدٌ: قولُ أبي حنيفةَ أقيسُ، وقولُ أبي يوسفَ أوسعُ(٣).

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ المدفوعَ لا يخلو إمَّا أن يكونَ نصيبَ الحاضرِ خاصةً أو مِن النَّصِيبَيْنِ، ولا يجوزُ أن يكونَ نصيبَه خاصةً؛ لأنَّ ذلك لا يكونُ

(١-١) من (ج، ق، ي، ونسخة مختصر القدوري).

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٧٣، ١٧٤)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢١٠)، و«الهداية» (٣/ ٢١٧)، و«العناية» (٨/ ٤٩١).

(٣) ينظر: «المبسوط» (١١/ ١٢٣)، و«تحفة الفقهاء» (١/ ٣٧٤).



إلا بالقسمةِ، والمُودَعُ ليس بوكيلٍ في القسمةِ، ولا يجوزُ أيضًا قسمةُ المالِ مع غيبةِ الآخرِ، ولا يجوزُ أن يكونَ المدفوعُ من النَّصيبَيْن؛ لأنَّ تسليمَ نصيبِ الغائبِ إلى الحاضرِ لا يجوزُ، فلم يَبْقَ إلا أن لا يدفعَ إليه شيئًا، ولا يلزَمُ الدَّينُ[1] المشتركُ إذا حضَر أحدُ الشَّريكَيْن يَطلُبُ نصيبَه؛ لأنَّ الذي في ذِمَّتِه الدَّينُ يُسَلِّمُ مالَ نفسِه، وله أن يُملِّكَ مالَه منَ شاء فلم يقعِ التسليمُ في مالٍ مشتركٍ، وإنما هو مأخوذٌ مِن مالٍ مشتركٍ، وفي مسألتِنا التسليمُ وقَع في مالٍ مشتركٍ، فلم يَصِحَّ.

وجهُ قولِهما: أنَّ الغائبَ لو حضَر وأخَذ قدرَ حِصَّتِه مِن شريكِه لم يُجبَرْ على رَدِّه، فكذلك إذا كان غائبًا جاز أخذُه مِن جهةِ المُودَعِ، وهذا إنما يُتَصوَّرُ في المكيلاتِ والموزوناتِ.

والجوابُ: أنَّه لا يمتنعُ[2] أن لا يُجبَرَ على رَدِّه إذا أخَذ المُستَحِقُّ لبعضِ المالِ المشتركِ، ولا يجوزُ للمُستودَعِ الدَّفْعُ إليه؛ ألَا ترَى أنَّ الغريمَ إذا أخَذ مِن مالِ غريمِه جنسَ حقِّه لم يُجبَرْ على رَدِّه، ولا يجوزُ لمُودَعِ الغريمِ[3] أن يَدْفَعَ إليه.

قال: وإنْ أودَع رجلٌ عندَ[4] رجلَيْن شيئًا مما يُقسَمُ لم يَجُزْ أن يَدفعَه أحدُهما إلى الآخَرِ، ولكنَّهما يَقْتَسِمانِه[5]،فيحفظُ كلُّ واحدٍ منهما نصفَه، وإن كان مما لا يُقسَمُ جازَ أن يحفَظَه أحدُهما بإذنِ[6] الآخَرِ.

---

(١) ليس في (أ٢).

(٢) في (س): «لا يمنع».

(٣) ليس في (س)، وفي (ع): «غريم».

(٤) من (ج، ر، ق، ل، ي، ونسخة مختصر القدوري).

(٥) في (س، ع): «يقسمانه».

(٦) في (ي): «دون».



وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ[1].

[2]وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لأحدِهما أن يحفظَه بإذنِ الآخرِ في الوجهَيْن.

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ[2]: أنَّ المالكَ رضِي بحفظِهما ولم يَرْضَ بأحدِهما، فإذا أمكَن كلُّ واحدٍ منهما الحفظُ على الوجهِ المأمورِ به، فلم يفعَلْ صار ضامِنًا، أصلُه: المُودَعُ الواحدُ إذا سلَّم الوديعةَ إلى غيرِه، وليس كذلك إذا كان مما لا يُقسَمُ؛ لأنَّ المُودَعَ يعلَمُ أنَّهما لا يجتَمِعانِ أبدًا في مكانٍ واحدٍ، فكان تسليمُه إليهما رضًا بحفظِ كلِّ واحدٍ منهما على الانفرادِ.

وجهُ قولِهما: أنَّ المالكَ رضِي بأمانتِهما، فكان لكلِّ واحدٍ منهما أن يُسَلِّمَه إلى الآخرِ، أصلُه ما لا يُقسَمُ.

قال: وإذا قال صاحبُ الوديعةِ للمُودَعِ: لا تُسَلِّمْها إلى زوجتِك. فسَلَّمَها إليها لم يضمَنْ.

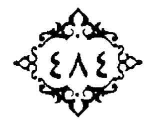
وذلك لأنَّه يلزَمُه الحفظُ كما يحفظُ[3] مالَ نفسِه، فإنْ كان الذي نَهاه عنه لا بُدَّ له منه وهو في عيالِه، فإنَّه لا يستطيعُ منعَه منها؛ لأنَّه يصيرُ في يدِه مِن طريقِ الحكمِ إذا خرَج مِن منزلِه فلا يكونُ للنهيِ فائدةٌ، فأمَّا مَن ليس في عيالِه وله منه بُدٌّ فإنَّه يقدِرُ على حفظِها منه، فيُؤْثِرُ النهيَ، ويكونُ له فائدةٌ؛ فلهذا لم يَجُزِ التسليمُ إليه كما لا يجوزُ إلى الأجنبيِّ، فإنْ سَلَّم إليه ضمِن.

---

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢١٥)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٨٠)، و«العناية» (٨/ ٤٩٤).

(٢-٢) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٣) في (ي): «لا يحفظ»، وفي (س): «يلزمه».



قال: وإنْ قال له: احفَظْها في هذا البيتِ. فحفِظها في بيتٍ آخرَ مِن الدارِ لم يَضمَنْ، وإنْ حفِظها في دارٍ أُخرَى ضمِن.

وقال الشافعيُّ: يَضمَنُ في الوجهَيْن[1].

لنا: أنَّ الدارَ حِرْزٌ واحدٌ؛ بدليلِ أنَّ مَن أخَذ مِن بيتٍ منها فنقَله إلى آخرَ لم يُقطَعْ؛ فالحِرْزُ الواحدُ لا فائدةَ في تخصيصِ بعضِه دونَ بعضٍ، وما لا فائدةَ فيه مِن الأمرِ يَسقُطُ في الإيداعِ، كما لو قال: احفَظْها بيمينِك دونَ شمالِك، وضَعْها في يمينِ البيتِ دونَ يسارِه.

فإن قيل: نقَل[2] الوديعةَ مِن حِرْزِها الذي نَهاه المُودِعُ عن إخراجِها منه مِن غيرِ ضرورةٍ، فوجَب أن يلزَمَه ضمانُها، أصلُه إذا قال: احفَظْها في هذه الدارِ ولا تُخرِجْها إلى دارٍ أُخرَى.

قيل له: الدَّارانِ كلُّ واحدةٍ[3] منهما[4] حِرْزٌ على حيالِه؛ بدلالةِ أنَّ مَن أخَذ شيئًا مِن إحدَى الدَّارَيْن، فنقَله إلى دارٍ أُخرَى لزِمه القطعُ، ومتى اختلَف الحِرْزُ كان في تخصيصِ النهيِ فائدةٌ، وهذا لا يُوجَدُ في الدارِ الواحدةِ.

وما ذكَره أصحابُنا في البيتَيْن يجِبُ أن يكونَ إذا تساوَيا في الحِرْزِ، فإن كان أحدُهما أحرَزَ مِن الآخرِ، فالأشبهُ أن يكونَ كالدَّارَيْن.

---

(١) ينظر: «المهذب» (٢/ ١٨٢)، و«البيان» (٦/ ٤٧٨)، و«حلية العلماء» (٥/ ١٦٩)، و«المجموع» (١٤/ ١٨١).

(٢) في (ر): «يقبل».

(٣) في (أ٢، س، ض، ل، ق، ي): «واحد».

(٤) ليس في: (ج، غ).



(١) وقد قال بعضُ أصحابِ الشافعيِّ (١): في البيتَيْن وجهٌ آخرُ أنَّه لا يضمَنُ إذا كان المنهيُّ عنه مثلَ المأمورِ به أو أحرزَ، قالوا: فكذلك الدَّارَيْن.

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنَّ الدُّورَ تختلِفُ في الحِرْزِ وتَتفاوَتُ، وقد رضِي المالكُ (٢)بأحدِها ونهَى عن غيرِها(٢)، فصارتِ الأُخرَى كدارٍ في بلدٍ آخرَ(٣).

فإن قيل: أعيانُ المواضعِ لا فائدةَ فيها؛ وإنما الفائدةُ في الحفظِ، فإذا كانتِ الدارُ الثانيةُ مثلَ الأُولَى أو أحرزَ صار كالبيتَيْن مِن دارٍ واحدةٍ.

قيل له: الدارُ الثانيةُ وإن كانَتْ أحرزَ، فيجوزُ أن يعلمَ المالكُ أنَّ الثانيةَ يَتمكَّنُ منها مَن(٤) لا يَتمكَّنُ مِن الأُولَى فيَخُصُّها(٥) لهذا المعنى، وذلك لا يُوجَدُ في البيتَيْن؛ لأنَّ السارقَ إذا تمكَّن مِن بيتٍ في دارٍ تمكَّن مِن جميعِها.

وقد قالوا: إذا أودَع رجلٌ رجلًا مالًا فماتَ المُودَعُ، فإن كانتِ الوديعةُ معروفةً بعينِها قائمةً في يدِ الوارثِ رُدَّتْ على صاحبِها؛ لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن وجَد عينَ مالِه فهو أحقُّ به»(٦).

وإن كانَتْ لا تُعرَفُ بعينِها فهي دَينٌ في(٧) تركةِ الميِّتِ يُحَاصُّ الغرماءُ وهي كدَينِ الصِّحَّةِ؛ وذلك لأنَّ المُودَعَ قد ضيَّع الحفظَ بتركِ بيانِها، والمُودَعُ إذا ضيَّع

(١-١) في (س): «وقال الشافعي». وينظر: «الحاوي» (٨/ ٣٧٥)، و«نهاية المطلب» (١١/ ٤٢٢).

(٢-٢) في (س): «بأحدهما ونهى عن غيرهما».

(٣) ليس في (ي)، وفي (س): «أخرى».

(٤) في (أ٢، ج، غ): «ما».

(٥) في (ي): «فتخصيصها».

(٦) أخرجه البخاري (٢٤٠٢)، ومسلم (١٥٥٩).

(٧) في (أ٢، ض، ق): «من».



الحفظَ ضمِن؛ وإنما كانَتْ كدَيْنِ الصِّحَّةِ لأنها ضمانٌ له سببٌ معلومٌ، وإن كان في المرضِ فهو كالقرضِ المعروفِ وثمنِ المبيعِ.

وقد قالوا: إذا ذهبتِ الوديعةُ بغيرِ فعلِ المُودَعِ، أو دخَلها نقصٌ بغيرِ فعلِه، فلا ضمانَ عليه، وإن ادَّعَى أنَّها هَلكتْ أو بعضُها بغيرِ فعلِه أو بفعلِ غيرِه، فالقولُ قولُه مع يمينِه؛ وذلك لِما رُوِي عن عمرِو بنِ شعيبٍ، عن أبيه، عن جدِّه، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَن استُودِعَ وديعةً فلا ضمانَ عليه»[1].

وعن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «العاريةُ بمنزلةِ الوديعةِ لا يَضمَنُ صاحبُها إلا أنْ يَتعدَّى»[2]. وعن الحسنِ قال: «أدركتُ ثمانينَ[3] مِن أصحابِ محمدٍ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ما رأيتُهم يُضَمِّنون الودائعَ[4]».

ولأنَّ يدَه كيدِ المالكِ، ولو هلكتِ العينُ في يدِ المالكِ لم يَضْمَنْها، فكذلك إذا هلكتْ في يدِ المُودَعِ؛ وإنما جُعِل القولُ قولَه؛ لأنه أمينٌ، والأمينُ القولُ قولُه فيما يُسقِطُ الضمانَ عن نفسِه كالأبِ والوَصِيِّ؛ ولأنَّ الأصلَ [5]أنَّه لم يُوجَدْ منه[5] سببٌ يوجِبُ الضمانَ، ومَن تمسَّك بالأصلِ فالقولُ قولُه؛ [6]وإنما كان القولُ قولَه[6] مع يمينِه؛ لِما بَيَّنَّا أنَّ مَن جُعِل القولُ قولَه فيما يلزَمُه فيه الخصومةُ

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٤٠١) من طريق أيوب بن سويد، عن المثنى، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. وقال الحافظ في «التلخيص الحبير» (٣/ ٢١١): «وفيه المثنى بن الصباح، وهو متروك».

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٤٧٨٥). (٣) في (ي): «ستين».

(٤) في (ي): «الوديعة». وهذا الأثر لم أهتدِ إلى من خرجه، فاللّه أعلم.

(٥-٥) في (ي): «أن لا يوجد مثله». (٦-٦) ليس في (ي).



والشيءُ مما يَصِحُّ بدلُه[1] فعليه اليمينُ كالمُدَّعَى عليه الدَّينُ.

ولو قال المُودَعُ: قد ضاعَتْ. ثُمَّ قال بعدَ ذلك: بل كنتُ دفعتُها إليك وأَوْهَمتُ. فإنه لا يُصدَّقُ وهو ضامنٌ؛ لأنه أكذَب نفسَه في رَدِّها بدَعْوَى الهلاكِ، وأكذَب نفسَه في الهلاكِ بدَعْوَى الرَّدِّ، فإذا سقطتِ الدَّعْوَى بقِي الشيءُ في يدِه في الظاهرِ، فلزِمه ضمانُه.

وقد قال أبو يوسفَ في الوديعةِ: إذا جحَدها المُودَعُ صاحبَها ضمِن، وإنْ جحَدها مع غيرِه لم يَضمَنْ.

وقال زفرُ: يضمَنُ في الوجهَيْن[2].

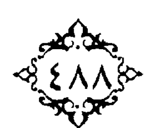
وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ الضَّمانَ إنما يجِبُ لتركِ التسليمِ عندَ وُجُوبِ الأخذِ، وهذا المعنى موجودٌ عندَ مطالبةِ المالكِ أو مَن قامَ مقامَه دونَ غيرِه، ولأنَّ المُودَعَ قد يجحَدُ الوديعةَ مع غيرِ المالكِ على طريقِ الحفظِ لها، فلم يُوجِبْ ذلك الضَّمانَ عليه.

وجهُ قولِ زفرَ: أنَّ الجُحُودَ لمَّا تعلَّق به الضَّمانُ اسْتَوى فيه أنْ يكونَ بحضرةِ المالكِ أو بغيرِ حضرتِه، أصلُه التَّعَدِّي.

وقد قال أبو حنيفةَ: إذا استعارَ ثوبًا ليَلْبَسَه أو دابةً ليَركَبَها، أو كان عندَه وديعةٌ فبعَث بذلك مع رسولٍ مِن عيالِه أو أهلِه فلا ضمانَ عليه، وإن بعَث به مع إنسانٍ

(١) في (س، ع): «بذله».

(٢) ينظر: «التجريد» (٨/ ٤٠٨٩)، و«المبسوط» (١١/ ١١٧)، و«الهداية» (٣/ ٢١٦)، و«فتاوى قاضي خان» (٣/ ٢٢٤).



ليس في عيالِه فهو ضامنٌ. وكذلك قال أبو يوسفَ.

وقال ابنُ أبي ليلى: لا ضمانَ عليه في الوجهَيْن جميعًا[1].

وهذا على ما بَيَّنَّا أنَّ المُودَعَ له أن يحفَظَ الوديعةَ بمَن في عيالِه فجازَ تسليمُها إليهم[2]، ومَن ليس في عيالِه لا يجوزُ أن [3]يحفظَ به[3]، فلا يجوزُ أن يُسَلِّمَ إليه، وابنُ أبي ليلى بنَى على أصلِه أنَّ للمُودِعِ أن يُودِعَ.

فإذا[4] أودَع رجلٌ رجلًا مالًا فأودَعه عندَ غيرِه فضاعَ، فإنَّ أبا حنيفةَ قال: الضَّمانُ على الأولِ، وليس على الثاني ضمانٌ. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لربِّ الوديعةِ أن يُضَمِّنَ أيَّهما شاءَ[5]. وبه قال الشافعيُّ[6].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ الضَّمانَ إنما وجَب بقبضِ المُودَعِ الثاني، والفعلُ الواحدُ لا يُوجِبُ ضمانًا على اثنَيْن في عينٍ واحدةٍ على كلِّ واحدٍ منهما في جميعِها كالغَصْبِ، وقد اتَّفَقا على وُجُوبِ الضَّمانِ على الأولِ، فوجَب أن لا يَلزَمَ الثانيَ.

فإن قيل: المُودَعُ الثاني يَضمَنُ بالقبضِ، والأولُ يضمَنُ برفعِ يدِه عن الوديعةِ

---

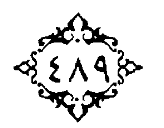
(١) ينظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (ص٥١)، و«النتف» (٢/ ٥٧٨)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٧١، ١٧٢).

(٢) في (أ٢، ق، ي): «إليه».

(٣-٣) في (ج): «يحفظ بهم»، وفي (غ، ل): «يحفظها بهم». (٤) في (س): «وقد قالوا إذا».

(٥) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ١٩٠)، و«المبسوط» (١١/ ١٣٢)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٨).

(٦) ينظر: «البيان» (٦/ ٤٩٩)، و«بحر المذهب» (٥/ ٧٨).



إلى غيرِ مُسْتَحِقِّها؛ ألَا تَرى أنَّه لو ترَكَها في صحراءَ(١ ضمِن لذلك١).

قيل له: رفْعُ اليدِ إنما يكونُ بانفرادِ الثاني باليدِ فيها؛ ألَا ترَى أنَّه بالدفعِ إليه لا يضمَنُ، ولا(٢) يقبِضُ الثاني؛ لأنَّ الثانيَ لو قبَضها والأولُ حاضرٌ لم يضمَنْ واحدٌ منهما بهذا القبضِ؛ لأنَّ يدَ الأولِ باقيةٌ، وليس كذلك غاصبُ الغاصبِ؛ لأنَّه يضمَنُ بغصبٍ مبتدَأٍ غيرِ الغصبِ الأولِ، فأمَّا إذا ترَكها في الصحراءِ، فلم يضمَنْ لرفْعِ يدِه عنها، لكن لأنَّه ضَيَّعَها، وتسليمُه إلى المودَعِ الثاني ليس بتَضْيِيعٍ.

وجهُ قولِهما: أنَّ الأولَ تَعدَّى بالدَّفْعِ، والثاني بالقبضِ، فصار كالغاصبِ وغاصبِ الغاصبِ، وإذا ثبَت عندَهما أنَّ له تضمينَ كلٍّ واحدٍ منهما، فإنْ ضمِن الأولُ لم يرجِعْ على الثاني، وإن ضمِن الثاني رجَع على الأولِ.

وقد قال أبو حنيفةَ: إذا أودَع صبيًّا محجورًا عليه مالًا أو أقرَضه فأتلَفه لم يضمَنْ(٣).

وقال أبو يوسفَ: عليه الضمانُ. وهو المشهورُ مِن مذهبِ الشافعيِّ، ومِن أصحابِه(٤) مَن قال: فيها وجهٌ آخرُ مثلُ قولِ أبي حنيفةَ(٥).

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ، وهو قولُ محمدٍ: أنَّ الصبيَّ مِن عادتِه تَضْيِيعُ المالِ،

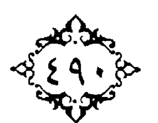
(١-١) في (أ٢، ع): «ضمنها لذلك»، وفي (ج، غ، ل): «ضمنها كذلك هذا»، وفي (س): «ضمن كذلك».

(٢) في (س): «ما لم».

(٣) ينظر: «المبسوط» (١١/ ١٢٠)، و«تبيين الحقائق» (٦/ ١٦٨)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣٤٧).

(٤) في (ي): «أصحابنا».

(٥) ينظر: «المهذب» (٢/ ١٨١)، و«تحفة المحتاج» (٧/ ١٠٤).



فإذا سُلِّمَ[1] إليه مع علمِه بهذه العادةِ فكأنَّه رضِي بإتلافِه، فلم يَكُنْ له تَضْمِينُه[2]، كمَن قدَّم طعامًا إلى رجلٍ فأكَله، يُبيِّنُ ذلك أيضًا أنَّ مَن قدَّم شعيرًا إلى دابةٍ كان ذلك رضًا منه بإتلافِه، ومَن رضِي بإتلافِ مالِه فليس له التضمينُ، كما لو صرَّح بالإذنِ في ذلك، ولا يلزمُ إذا أودَع صَبيًّا مأذونًا؛ لأنَّ الوليَّ لا يأذَنُ للصبيِّ إلا إذا علِم أنَّ عادتَه الحفظُ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ قبولَ الصبيِّ للوديعةِ لا يَتعلَّقُ به حكمٌ، فصار كأنَّه أتلفَ المالَ مِن غيرِ إيداعٍ، فيلزَمُه ضمانُه.

فإن قيل: مَن ضمِن المالَ بالإتلافِ قبلَ الإيداعِ ضمِنه بعدَه كالبالغِ[3].

قيل له: البالغُ[4] يضمَنُ بالتَّضْييعِ فيَضمَنُ بالإتلافِ، والصبيُّ لا يضمنُ الوديعةَ بالتَّضْييعِ، فجاز أن يَسقُطَ ضمانُها عنه بالإتلافِ، ولا يلزمُ إذا قتَل[5] العبدَ؛ لأنَّا عَلَّلْنا لسقوطِ الضمانِ في الجملةِ ولم يُعلَّلْ لأعيانِ المُتلَفاتِ، وعلى هذا الخلافُ.

قال أبو حنيفةَ، ومحمدٌ: إذا أودَع عبدًا محجورًا عليه، فلا ضمانَ عليه في الحالِ؛ لأنَّه مُسْتعمِلٌ للعبدِ في الحفظِ، فلو لزِمه الضمانُ في ذلك رجَع[6] به على المُودِعِ، فلا معنى لإيجابِ الضمانِ عليه[7].

---

(١) في (ج، غ، ل): «سلمه».

(٢) بعده في (ج، غ): «فائدة».

(٣) في (غ، ق، ل، ي): «كالبائع».

(٤) في (غ، ق، ل، ي): «البائع».

(٥) في (أ٢، ج): «قبل».

(٦) في (س): «لرجع».

(٧) ينظر: «المبسوط» (١١/ ١٢٠)، و«المحيط البرهاني» (٥/ ٥٤١).

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ قبولَ العبدِ الوديعةَ لا يَتعلَّقُ به حكمٌ، فصار كأنَّه أتلَفَ مِن غيرِ إيداعٍ، إلا أنَّ حكمَ العبدِ مُفارِقٌ للصبيِّ مِن وجهٍ؛ لأنَّ العبدَ يضمَنُ إذا أعتِقَ، ولا يضمَنُ الصبيُّ بعدَ بُلُوغِه؛ لأنَّ العبدَ في نفسِه ممن يَملِكُ قبولَ الوديعةِ؛ وإنما لا يلزَمُه[1] ذلك لحقِّ المَوْلى، [2]فإذا زالَ حقُّ المَوْلى[2] بالعتقِ صار كالحرِّ، والصبيُّ لا قبولَ[3] له، فلا يَثبُتُ لقبولِه حكمٌ في الحالِ ولا بعدَ البلوغِ.

وقد قال أصحابُنا: إذا أخرَج الوديعةَ ليُنفِقَها أو الثوبَ ليَلْبَسَه، فهلَك فلا ضمانَ عليه[4].

وقال الشافعيُّ: يضمَنُ[5].

لنا: أنَّ النقلَ فعلٌ مأذونٌ فيه، فإذا قارَنه التَّعَدِّي لم يَضمَنْ به، أصلُه إذا أخَذها[6] مِن المُودَعِ يَنْوِي أن يُنفِقَها، وقد دلَّ على ذلك قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إنَّ اللَّهَ تعالى عَفا لأُمَّتي عما حدَّثتْ به نُفُوسَها ما لم يقولوا أو يعمَلوا»[7].

فإن قيل: لا يجوزُ له إخراجُها مِن الحِرْزِ على هذا الوجهِ، فإذا فعَل فقد أوقَع فعلًا في الوديعةِ على وجهِ التَّعَدِّي، فصار كأنَّه انتَفَع بها.

---

(١) في (ي): «لا يلزم».

(٢-٢) ليس في (ي).

(٣) في (س، ي): «قول».

(٤) ينظر: «المبسوط» (١١/ ١١٢)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٧٢).

(٥) ينظر: «الحاوي» (٨/ ٣٧٠)، و«المهذب» (٢/ ١٨٥).

(٦) في (ي): «أجرها».

(٧) أخرجه البخاري (٢٥٢٨، ٥٢٦٩، ٦٦٦٤)، ومسلم (١٢٧) عن أبي هريرة بنحوه.



قيل له: لا نُسَلِّمُ أنَّه أوقَع فعلًا على وجهِ التَّعَدِّي؛ لأنَّ الفعلَ جائزٌ سائغٌ، وإنما النِّيَّةُ[1] ممنوعٌ منها، ومجردُ النِّيَّةِ لا يَتعلَّقُ بها ضمانٌ.

وقد قالوا: إذا أودَعه كيسًا مشدودًا فحَلَّه، أو صندوقًا مُقْفَلًا ففتَح القُفْلَ لم يَضمَنِ الوديعةَ[2].

وقال الشافعيُّ: يَضمَنُها[3].

لنا: أنَّ الحلَّ ليس بتَضْييعٍ للمالِ؛ لأنَّ مَن تمكَّن مِن أخذِ الكيسِ مفتوحًا يَتمكَّنُ مِن أخذِه مَشْدودًا، والمُودِعُ إذا لم يُضَيِّعِ الحفظَ لم يَضمَنْ بالتَّغْييرِ.

فإن قيل: هتَك حِرْزَ الوديعةِ، فصار كما لو نقَب البيتَ وترَكها فيه.

قيل له: يَبطُلُ إذا أودَعه دراهمَ، فشَدَّها في كيسٍ، ثُمَّ حَلَّها، والمعنى في الأصلِ: أنَّه ضَيَّعَ الحفظَ فيها حينَ مُكِّنَ منها، وفي مسألتِنا حَلُّ الكيسِ ليس بتَمْكينٍ مِن الوديعةِ على ما بَيَّنَّاه، وإذا لم يَتغيَّرِ الحفظُ لم يَضمَنْ.

والله أعلم

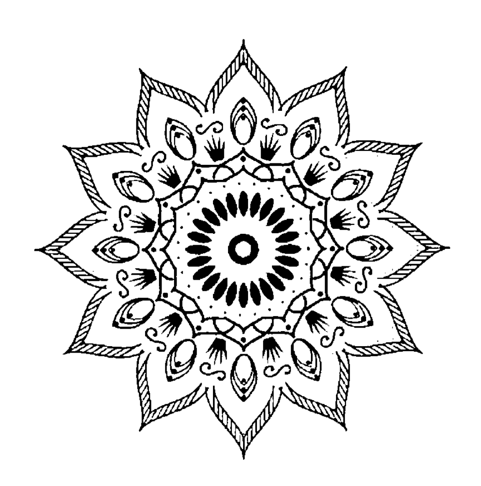
---

(١) في (ي): «الهبة».

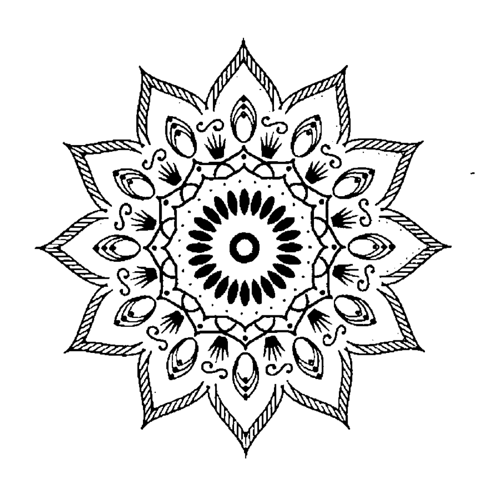
(٢) ينظر: «التجريد» (٨/ ٤٠٩٢)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢١٣).

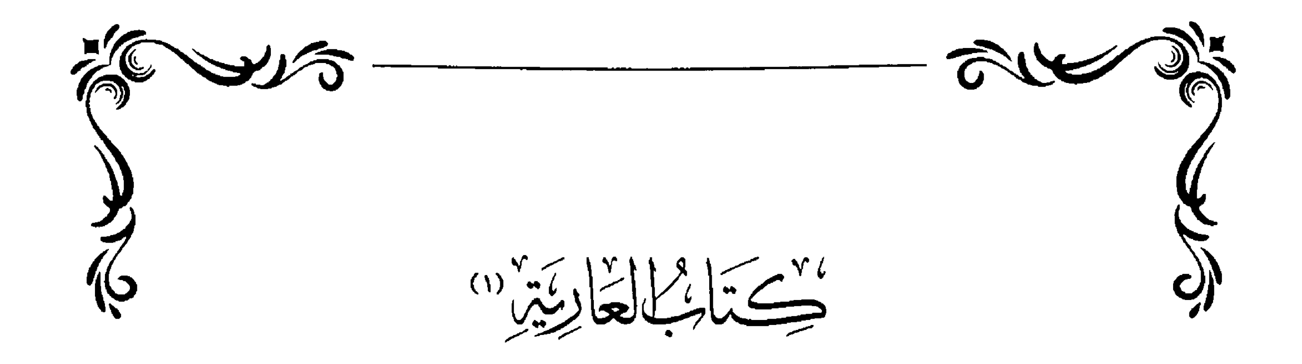
(٣) ينظر: «التهذيب» (٥/ ١٢٠).





كِتَابُ العَارِيَةِ





كتاب العارية[1]

العاريةُ[2] عقدٌ جائزٌ[2]؛ والدليلُ على جوازِه[3]: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استعارَ مِن صفوانَ بنِ أُمَيَّةَ أَدْرُعًا له»[4]، ولأنَّ المنافعَ يَصِحُّ تمليكُها بعِوَضٍ، فصَحَّ تمليكُها بغيرِ عِوَضٍ كالأعيانِ، ولا خلافَ في ذلك بينَ الأُمَّةِ.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: العاريةُ جائزةٌ وهي تمليكُ المنافعِ بغيرِ عِوَضٍ.

أَمَّا جوازُها فقد بَيَّنَّاه.

---

(١) قال في حاشية (ر): «العارية في اللغة: مشتقة من العرية، وهي العطية، وقيل: منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وشنار، فعلى هذا يقال: العاريّة بالتشديد؛ لأن ياء النسب مشدَّدة، والعاريّة لغة في العارية. وفي الشرع: عبارة عن تمليك المنافع بغير عوض، وسمِّيت عارية لتعريها عن العوض، ومن شرط العارية أن تكون العين قابلة للانتفاع بها مع بقاء عينها، حتى لا يكون عارية الدراهم والدنانير إلا قرضها، وكذلك الفلوس. وحكم العارية أنها غير لازمة، حتى إن للمعير أن يرجع فيها متى شاء، ويبطل بموت أحدهما...».

(٢-٢) في (ي): «جائزة».

(٣) في (ي): «جوازها».

(٤) أخرجه أحمد (١٥٣٠٢)، وأبو داود (٣٥٦٢)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٧٩) من طريق يزيد بن هارون، عن شريك، عن عبد العزيز بن رفيع، عن أمية بن صفوان بن أمية، عن أبيه. قال أبو داود: «هذه رواية يزيد ببغداد، وفي روايته بواسط تغير على هذا». والحديث فيه اضطراب كثير. ينظر في: «التاريخ الكبير» (٢/ ٨)، و«مشكل الآثار» (١١/ ٢٩٢-٢٩٥)، و«الجوهر النقي» (٦/ ٩٠). ويشهد له حديث جابر عند الحاكم (٣/ ٤٨، ٤٩)، والبيهقي (٦/ ٨٩). قال الحاكم: «صحيح الإسناد».



وأمَّا قولُه: وهي تمليكُ المنافعِ. فصحيحٌ، وهو اختيارُ أبي بكرٍ الرَّازي، وكان الشيخُ أبو الحسنِ يقولُ: إنَّها إباحةُ المنافعِ[1].

وجهُ القولِ الأولِ: أنَّ العَرِيَّةَ والعاريةَ أحدُهما مُشتَقٌّ مِن الآخرِ؛ وإنَّما خُصَّ كلُّ واحدٍ منهما باسمٍ[2]، فقالوا في تمليكِ الأعيانِ: عَرِيَّةٌ. وفي تمليكِ المنافعِ: عاريةٌ. فدَلَّ على أنَّ أحدَ[3] اللفظَيْن يَقْتضِي التمليكَ كالأُخرَى.

وجهُ قولِ أبي الحسنِ: أنَّ المستعيرَ ليس له أن يُؤاجِرَ ما اسْتَعاره، ولو ملَك المنافعَ لجاز له أن يُؤَاجِرَها كالمُستأجِرِ.

والجوابُ: أنَّه يجوزُ له تمليكُها بالعاريةِ، ولو كانَتْ إباحةً لم يَكُنْ له أن يملِكَها مِن غيرِه، كما لا يجوزُ لمَن أُبيحَ له الطعامُ أن يُبيحَه لغيرِه؛ وإنما لم يَجُزْ له أن يملِكَها بالإجارةِ؛ لأنَّ المستعيرَ ملَك المنافعَ على وجهٍ لا يَنقطِعُ حقُّ المالكِ عنها، فلو جازَ له الإجارةُ لتَعلَّقَ بالإجارةِ استحقاقُ الفسخِ برجوعِ المُعِيرِ فيها؛ فلذلك لم يَجُزْ[4].

قال: وتَصِحُّ بقولِه: أَعَرْتُك، وأَطعَمْتُك هذه الأرضَ، ومَنَحتُك هذا الثوبَ، وحمَلتُك على هذه الدابةِ. إذا لم يُرِدْ به الهبةَ، وأخدَمتُك هذا العبدَ، وداري لك سُكْنَى، وداري لك عُمْرَى سُكْنَى[5].

---

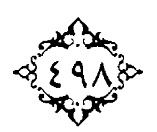
(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٤٤)، و«النتف» (١/ ٤٣٥)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ١٦٠)، و«الاختيار» (٣/ ٥٥)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٨٣).

(٢) في (ع): «بأمر».

(٣) في (أ٢، ج، ض، ع، غ، ل): «إحدى».

(٤) في (ج، غ، ل): «يجب».

(٥) في (ي): «وسكنى».



وهذا الذي ذكَره صحيحٌ.

أمَّا قولُه: أعَرتُك. فهو صريحٌ في العاريةِ.

وأمَّا قولُه: أطعَمتُك هذه الأرضَ. فيَقْتضِي أخذَ ما (١) يَتطَعَّمُ منها (١) بغيرِ عِوَضٍ، وهذا معنى العاريةِ.

وأمَّا قولُه: منَحتُك وحمَلتُك. فإنَّه يَقْتضِي تمليكَ العينِ، فإذا لم يُرِدْ به الهبةَ كان عاريةً؛ لأنَّه أقلُّ ما يَقْتضِيه لفظُه.

وأمَّا قولُه: أخدَمتُك هذا العبدَ. فهو إذنٌ في الاستخدامِ، وهو معنى العاريةِ.

وقولُه: دارِي لك سُكْنى. يَقْتضِي أن يكونَ له سُكْناها، وهو معنى العاريةِ.

قال: وللمُعيرِ أن يرجِعَ في العاريةِ متى شاءَ.

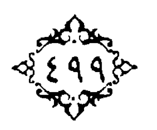
وذلك لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المنحةُ مردودةٌ، والعاريةُ مُؤَدَّاةٌ»[٢]. ولأنَّ العاريةَ تمليكٌ للمنافعِ وهي معدومةٌ؛ وإنما يملِكُها المستعيرُ حالًا فحالًا، فما لم يُوجَدْ فهو تَبرُّعٌ لم يَتَّصِلْ به القبضُ، فكان للمُتبرِّعِ[٣] الرجوعُ فيه.

(١-١) في (س): «تطعم فيها»، وكتب بحاشية (ي): «يطعم».

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٧٠)، والترمذي (١٢٦٥)، وابن ماجه (٢٠٠٧) عن أبي أمامة. وحسنه الترمذي. ينظر: «نصب الراية» (٤/ ٥٧، ٥٨).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٠٢): «المِنْحَة بكسر الميم، وسكون النون، وفتح الحاء المهملة، وآخره تاء: وكذا المنيحة: الناقة أو الشاة الممنوحة، ثم سُمي بها كل عطية، والأصل في مَنَحَ: أن يعطي الرجلُ الرجلَ ناقة أو شاة يشرب لبنها، ثم يردها إذا ذهب درها، ثم كثر حتى قيل في كل من أعطى شيئًا: مَنَحَ. وفيما أعطي: منحة ومنيحة».

(٣) في (ج): «للمتبوع».



قال: والعاريةُ أمانةٌ إن هلكتْ مِن غيرِ تَعدٍّ لم يضمَنْ.

وقال الشافعيُّ: يضمَنُ؛ فأمَّا الأجزاءُ فلا يضمَنُ مع بقاءِ الأصلِ إذا تَلِفتْ بالاستعمالِ(١).

دليلُنا: ما روِي في حديثِ صفوانَ بنِ(٢) يَعْلَى، عن أبيه(٣)، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إذا أَتَتْكَ رُسُلِي فأَعْطِهم ثلاثينَ درعًا وثلاثين بعيرًا». قال: قلتُ: يا رسولَ اللَّهِ، أعاريةٌ مضمونةٌ، أم عاريةٌ مُؤَدَّاةٌ؟ قال: «بل مُؤَدَّاةٌ». ذكَره أبو داودَ(٤).

وفي حديثِ أبي أُمامةَ، قال: سمعتُ رسولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقولُ: «إنَّ اللَّهَ تعالى قد أعطَى كلَّ ذِي حقٍّ حقَّه، فلا وَصِيَّةَ لوارثٍ، لا(٥) تُنفِقُ المرأةُ شيئًا مِن بيتِها إلا بإذنِ زوجِها». قيل: يا رسولَ اللَّهِ، ولا الطعامَ؟ قال: «الطعامُ أفضلُ أموالِنا»، ثُمَّ قال: «العاريةُ مُؤَدَّاةٌ، والمِنْحةُ مَرْدودةٌ، والدَّيْنُ مَقْضِيٌّ، والزعيمُ غارمٌ»(٦). فوصَف العاريةَ بأنَّها مُؤَدَّاةٌ، وفرَّق بينَها وبينَ الزَّعامةِ المُقْتَضِيَةِ للغُرْمِ.

وفي حديثِ عمرِو بنِ شعيبٍ، عن أبيه، عن جدِّه، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ليس على المُسْتعيرِ غيرُ المُغِلِّ ضمانٌ، ولا على المُستودَعِ غيرُ المُغِلِّ

---

(١) ينظر: «الحاوي» (٧/ ١١٨)، و«المهذب» (١/ ٣٧٠)، و«التهذيب» (٤/ ٢٨٠).

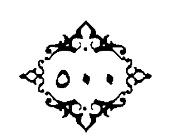
(٢) بعده في (ي): «أبي».

(٣) بعده في (ي): «عن جدِّه».

(٤) أخرجه أبو داود (٣٥٥٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٧٦) عن يعلى بن أمية. وقال ابن عبد الهادي: «رواته كلهم ثقات، لكنه معلل». ينظر: «تنقيح التحقيق» (٤/ ١٥٧)، و«نصب الراية» (٤/ ١١٧).

(٥) في (ي): «ولا».

(٦) تقدَّم تخريجه.



ضمانٌ»[1]. ولأنَّه قبضٌ لا يَتعلَّقُ به ضمانُ الأجزاءِ[2] إذا تَلِفتْ بالاستعمالِ فلا يَتعلَّقُ به ضمانُ العينِ، أصلُه قبضُ المُسْتأجِرِ، ولأنَّه عينٌ أخذها بإذنِ مالكِها لا على وجهِ البدلِ والوثيقةِ، فلا تكونُ مضمونةً عليه، أصلُه الوديعةُ.

فإن قيل: روِي: «أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ استعارَ مِن صفوانَ بنِ أُمَيَّةَ أَدْرُعًا، فقال: أَغَصْبًا يا محمدُ؟ فقال: «لا، بل عاريةٌ مضمونةٌ مُؤَدَّاةٌ»[3]. وكان صفوانُ كافرًا، وقد بيَّن له صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حكمَ العاريةِ في شريعتِه[4]، فدَلَّ على أنَّ ذلك هو حكمُها.

قيل له: قد رُوِّينا في خبرِ صفوانَ بنِ[5] يَعْلَى أنَّه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «العاريةُ مُؤَدَّاةٌ». فتعارَضا على أنَّ هذا الخبرَ قد روِي مِن طُرُقٍ كثيرةٍ بألفاظٍ مختلفةٍ، ولم يَكُنْ في بعضِ الطُّرُقِ الضَّمانُ، فلم يَكُنْ فيه دليلٌ[6].

[7]ولو ثبَت[7] أنَّ فيه ذكرَ الضَّمانِ، فمعناه عندَنا ضمانُ الرَّدِّ، وعندَهم ضمانُ العينِ، وليس أحدُهما بأَولَى مِن الآخرِ، فوقَف الدليلُ، ولا يُقالُ: إنَّه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعَل الضَّمانَ صفةً للعينِ؛ لأنَّه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعَل الضمانَ صفةً

---

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) في (س): «كالأجزاء»، (ي): «الآخر».

(٣) تقدَّم تخريجه.

(٤) في (ي): «الشريعة».

(٥) بعده في (ي): «أبي».

(٦) قال الترمذي في «العلل الكبير» عقب الحديث (٣٣٢): «سألت محمدًا عن هذا الحديث، فقال: هذا حديث فيه اضطراب، ولا أعلم أن أحدًا روى هذا غير شريك، ولم يقوِّ هذا الحديث».

(٧) في (ي): «ولم يثبت».

للعاريةِ، والعاريةُ غيرُ العينِ، فلم يَبْقَ لهم في الخبرِ ظاهرٌ يَتعلَّقُ به.

فإن قيل: ما ضُمِن بالرَّدِّ ضُمِن بالقبضِ. أصلُه المقبوضُ على وجهِ السَّومِ.

قيل له: ضمانُ الرَّدِّ إنما يجِبُ لمعنًى، وهو أنَّ المُسْتَعيرَ انفرَد بمنفعتِها، فلا منفعةَ للمُعِيرِ في قبضِه[1]، فلم يَجُزْ تكليفُ المالكِ مؤُونةَ الرَّدِّ.

فأمَّا ضمانُ العينِ فإنما [2]يَثْبُتُ للتَّعدِّي[2] في الأخذِ، أو لكونِ الأخذِ على وجهِ التمليكِ، أو على وجهِ القضاءِ، وهذا غيرُ موجودٍ في العاريةِ، فلم يَضمَنْ.

قال: وليس للمُسْتعيرِ أنْ يُؤجِّرَ ما اسْتَعارَه.

وذلك لأنَّ العاريةَ يُملَكُ بها المنافعُ على وجهٍ لا يَنقطِعُ حقُّ المُعيرِ عنها، والإجارةُ يَتعلَّقُ بها الاستحقاقُ وقطعُ حقِّ المُعيرِ، ولم يُمَلِّكْه المنافعَ على هذا الوجهِ، فلم يَكُنْ له فعلُه.

قال: وله أن يُعيرَه إذا كان مما لا يختلِفُ باختلافِ المُسْتعمِلِ له[3].

وقال الشافعيُّ: لا يجوزُ في أحدِ الوجهَيْن[4].

لنا[5]: أنَّه مَلَّكَه المنافعَ تمليكًا عامًّا، ولم يَخُصَّ استيفاءَها بشخصٍ دونَ

---

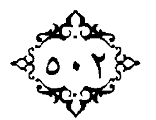
(١) في (ع): «قبضها».

(٢-٢) في (غ، ل): «يثبت التعدي».

(٣) ليس في (نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣٥١).

(٤) ينظر: «التنبيه» لأبي إسحاق الشيرازي (ص١١٣)، و«التهذيب» (٤/ ٢٨١)، و«المجموع» (١٤/ ٢٠٩)، و«جواهر العقود» (١/ ١٧١).

(٥) في (أ٢، ض، ق، ل، ي): «دليلنا».



شخصٍ، فكان له أن يَسْتوفيَها بنفسِه وبغيرِه، ولأنَّ التَّبرُّعَ بالمنفعةِ تارةً يكونُ في حالِ الحياةِ، وتارةً بعدَ الموتِ بالوصيَّةِ، ثُمَّ كان للمُوصَى له بالمنفعةِ أن يُعِيرَ، كذلك يجوزُ للمُسْتعيرِ أيضًا، فإن قيل: تَبرُّعٌ لم يَتَّصِلْ بالقبضِ[1]، فصار كالهبةِ التي لم تُقبَضْ.

قيل له: قبضُ العينِ سببٌ لجوازِ التَّصرُّفِ في المنافعِ[2]، الدليلُ عليه العينُ المُستأجَرةُ، وعندَ المُخالفِ قبضُ العينِ بمنزلةِ قبضِ المنافعِ.

وأمَّا إذا كانتِ العينُ مما تختلِفُ باختلافِ المُستعمِلِ لها مثلَ الثِّيابِ والدَّوَابِّ، فهو على وجهَيْن:

إنْ أطلَقَ العاريةَ جاز له أن يُعِيرَ ذلك؛ لأنَّه لمَّا أطلَقَ ولم يَخُصَّ منفعةً دونَ منفعةٍ، وشخصًا دونَ شخصٍ كان على عمومِه، ولو أراد التَّخصيصَ لنطَقَ به.

وإن كان شرَطَ أن يستعملَه بنفسِه، فليس له أن يُعِيرَه[3]؛ لأنَّ ذلك مما يختلِفُ باختلافِ المُستعمِلِ، وقد رضِي باستعمالِ شخصٍ مُعَيَّنٍ، فلم يَجُزْ لغيرِه أن يَستعمِلَه، وإن فعَلَ ضمِن.

قال: وعاريةُ الدَّراهمِ والدَّنانيرِ والمكيلِ والموزونِ قرضٌ.

وذلك لأنَّ إطلاقَ العاريةِ يَنصرِفُ إلى إتلافِ المنفعةِ المقصودةِ مِن العينِ ورَدِّها، والمقصودُ مِن الدراهمِ والدنانيرِ يحصُلُ[4] بإتلافِ عينِها، ولا يُمكِنُ

---

(١) في (أ٢، ي): «به القبض».

(٢) بعده في (ج): «و».

(٣) في (ج، ر، ل): «يغيره»، وفي (ي): «يستعمله».

(٤) في (ي): «تختص».



رَدُّها؛ وإنما يلزَمُ رَدُّ بدلِها، وهذا هو معنى القرضِ، وهذا الذي ذكره صحيحٌ إذا أطلَق العاريةَ، فأمَّا إذا بيَّن ما اسْتَعارَها لأجلِه؛ مثلَ أن يَسْتعيرَها ليُعَيِّرَ[1] بها الموازينَ، أو لغيرِ ذلك مما لا يَتلَفُ به عينُها، فإنَّها تكونُ عاريةً يملِكُ بها المنفعةَ المُسَمَّاةَ دونَ غيرِها، ولا يجوزُ له الانتفاعُ بها على وجهٍ آخرَ [2]غيرَ ما[2] سَمَّاه.

قال: وإذا استعارَ أرضًا ليَبْنيَ فيها ويَغرِسَ[3] جاز.

وذلك لأنَّها منفعةٌ معلومةٌ يُمكِنُ استيفاؤُها بالإجارةِ، فجاز استيفاؤُها بالعاريةِ، أصلُه السُّكْنَى.

قال: وللمُعِيرِ أن يرجِعَ فيها، ويُكَلِّفَه قلعَ البناءِ والغَرْسِ.

وذلك لأنَّ المنافعَ تُملَكُ حالًا فحالًا[4]، فإذا رجَع فيما لم يُقبَضْ جاز، وإذا بطلتِ العاريةُ بالرُّجوعِ لزِمه قلعُ البناءِ والغرسِ؛ لأنَّه شغَل مِلْكَ غيرِه به، فلزِمَه إزالتُه عنه[5].

قال: فإن لم يَكُنْ وَقَّتَ العاريةَ فلا ضمانَ عليه.

وقال الشافعيُّ: إذا أطلَق العاريةَ، فليس له أن يَقْلَعَ إلا بشرطِ الضَّمانِ، وكذلك إن كانَتْ مُؤَقَّتةً فمضَتِ المُدَّةُ، وكذلك الإجارةُ إذا انقضَتْ لا يلزَمُ المُستأجِرَ القلعُ إلا بشرطِ الضَّمانِ[6].

---

(١) في (ج): «ليعين». (٢-٢) في (أ٢): «عن ما»، وفي (ج): «غير»، وفي (غ، ل): «على ما».

(٣) في (ي): «أو يغرس». (٤) في (ي): «بحال».

(٥) من (ي)، وفي (أ٢، ض): «به».

(٦) ينظر: «المهذب» (٢/ ٢٦٠)، و«نهاية المطلب» (٧/ ١٥٧)، (٨/ ٢٥٥)، و«العزيز شرح =

دليلُنا: أن المُعِيرَ لم يُوجَدْ منه غرورٌ للمُسْتعيرِ، وإنما غَرَّ المُسْتعيرَ نفسُه حينَ بنَى في مِلْكِ غيرِه مع علمِه أنَّ له الرُّجوعَ، فكان له المُطالبةُ بالقَلْعِ مِن غيرِ ضمانٍ، أصلُه إذا شرَط في العاريةِ القلعَ، وعكسُه إذا طلَب القلعَ قبلَ المدَّةِ، ولأنَّه استأجَر، فإذا مَضَتِ المدَّةُ لم يَجُزْ[1] أن تتأبَّدَ يدُه فيما استأجَره كمَن استأجَر للسُّكْنى.

فإن قيل: غرسٌ مأذونٌ فيه لم يُشرَطْ قلعُه، فوجَب أن لا يُجبرَ على قلعِه على وجهٍ يَضُرُّ بغارسِه، كما لو أعارَه للغِراسِ سنةً، فطالَبه بالقلعِ قبلَ مُضِيِّها.

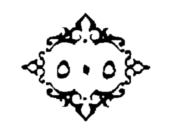
قيل له: هناك لَمَّا سَمَّى له المدَّةَ، فالظاهرُ أنَّه يفِي بوعدِه، فإذا لم يَفِ صار غارًّا بذلك، فلزِمه الضمانُ، وأمَّا إذا مضَتِ[2] المدَّةُ فلا غَرَرَ؛ لأنَّه قدَّر له مُدَّةَ الانتفاعِ، ولم يَرجِعْ قبلَ ذلك.

قال: وإنْ كان وقَّت العاريةَ فرجَع قبلَ الوقتِ ضمِن المُعِيرُ ما نقَص البناءُ والغرسُ بالقلعِ.

وذلك لأنَّه غَرَّه حينَ وقَّت له وقتًا فرجَع قبلَه؛ ألَا ترَى أنَّ الظاهرَ أنَّه يفِي بما وعَد، فلذلك ضمِن، وهذا محمولٌ على أنَّه لا ضررَ على الأرضِ في القلعِ؛ فأمَّا إنْ أضرَّ بها فالخيارُ لربِّ الأرضِ؛ لأنَّ ملكَه هو المتبوعُ والبناءَ تابعٌ، وفي إزالتِه ضَرَرٌ عليه، فكان له أن يَضمَنَ قيمتَه ويكونَ له؛ وإنما جاز له الرجوعُ قبلَ الوقتِ؛ لأنَّ العاريةَ مُقْتَضاها الرجوعُ، فلا يَتغيَّرُ ذلك بالتوقيتِ.

الوجيز» (٦/ ١٢٩، ١٣٣).

(١) في (س): «يجب».
(٢) في (ي): «عين».



ويُكرَهُ له الرجوعُ إذا وقَّت؛ لأنَّه وعَد وعدًا فأخلَفه وذلك مكروهٌ، وقد قال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المؤمنون عندَ شُرُوطِهم»[1].

قال: وأجرةُ رَدِّ العاريةِ على المُسْتعيرِ.

وذلك لأنَّ الرَّدَّ واجبٌ عليه، وقد قبَضها[2] لمنفعةِ نفسِه، والأجرةُ تجِبُ لإيفاءِ حقٍّ وجَب عليه، فلا يكونُ على غيرِه.

قال: وأجرةُ رَدِّ العينِ المُستأجَرةِ على المُؤَجِّرِ.

وذلك لأنَّ الواجبَ على المُستأجِرِ تمكينُ مالكِها منها، والرَّدُّ زيادةٌ على ذلك، فلا يجِبُ عليه، وإذا لم يجِبْ عليه الرَّدُّ لم يلزَمْه عنه[3] أجرةٌ، كما لا يلزَمُ في رَدِّ الوديعةِ لمَّا لزِمه التمكينُ منها دونَ الرَّدِّ.

قال: وأجرةُ رَدِّ العينِ المغصوبةِ على الغاصبِ.

وذلك لأنَّه قبَضها لنفسِه والرَّدُّ عليه واجبٌ، فكانتِ الأُجْرةُ لأجلِ الرَّدِّ عليه.

قال: وإذا استعارَ دابةً فرَدَّها إلى إصْطَبلِ مالكِها لم يَضمَنْ، وإنِ استعارَ عَيْنًا فرَدَّها إلى دارِ المالكِ، ولم يُسَلِّمْها إليه لم يَضمَنْ.

---

(١) أخرجه البخاري (٣/ ٩٢) معلقًا، ووصله أبو داود (٣٥٩٤) عن أبي هريرة. وقال الحافظ في «تغليق التعليق» (٣/ ٢٨١): «روي من حديث أبي هريرة، وعمرو بن عوف، وأنس بن مالك، ورافع بن خديج، وعبد اللَّه بن عمر، وغيرهم وكلها فيها مقال لكن حديث أبي هريرة أمثلها».
تنبيه: الذي وقع في جميع الروايات: «المسلمون» بدل: «المؤمنون». وينظر: «نصب الراية» (٤/ ١١٢)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٥٦).

(٢) في (ي): «دفعها».

(٣) في (ي): «عليه».

وهذا الذي ذكره استحسانٌ، والقياسُ أن يضمنَ، وبه قال الشافعيُّ[1].

وجهُ القياسِ: أنَّها أمانةٌ فلا يَبرأُ منها إلا بِرَدِّها إلى مالكِها كالوديعةِ، وإنَّما تركوا القياسَ؛ لأنَّ العادةَ قد جَرَتْ في رَدِّ العَوارِي على هذا الوجهِ؛ ألَا ترى أنَّ مَن استعارَ دابةً مِن رجلٍ رَدَّها إلى [2]إصْطَبلِه ولم يَرُدَّها إلى يدِه، والجيرانُ يَسْتعِيرون آلاتِ البيتِ ويَرُدُّونها إلى[2] دارِ صاحبِها، ويُسَلِّمونها إلى مَن فيه دونَ صاحبِ الدارِ، فتركوا القياسَ لذلك.

ولهذا قالوا: لو كانتِ العاريةُ عقدَ جَوْهرٍ لم يَجُزْ أن يَرُدَّها إلا إلى المُعيرِ؛ لأنَّ مثلَ هذا لم تَجْرِ[3] العادةُ بطَرْحِه في الدارِ، ولا دفعِه إلى الغلامِ، فصار مِن هذا الوجهِ كالوديعةِ.

قال: وإنْ رَدَّ الوديعةَ إلى دارِ مالكِها، ولم يُسَلِّمْها إليه ضمِن.

وذلك لأنَّه لو رضِي أن يكونَ في دارِه وعندَ مَن هو فيها لم يُودِعْها، ومَن رَدَّ الوديعةَ إلى موضعٍ لم يَرْضَ المالكُ بكونِها فيه ضمِن، أصلُه إذا رَدَّها إلى غيرِه.

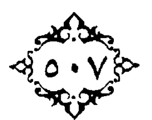
واللهُ أعلمُ

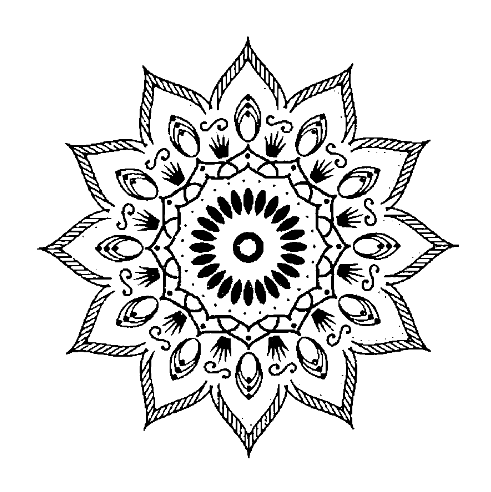
---

(١) ينظر: «الحاوي» (٧/ ١٣١)، و«نهاية المطلب» (٧/ ١٤١)، و«البيان» (٦/ ٥١٦).

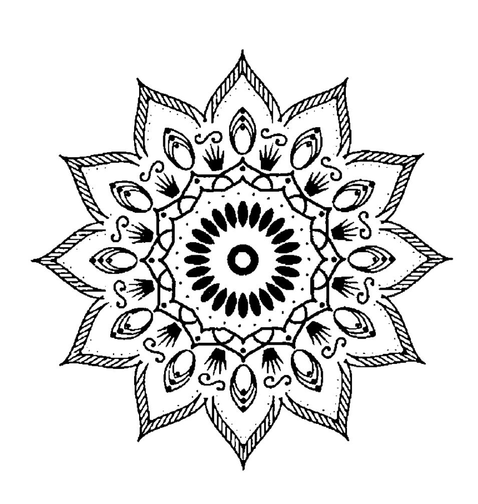
(٢-٢) ما بين القوسين ليس في (ع).

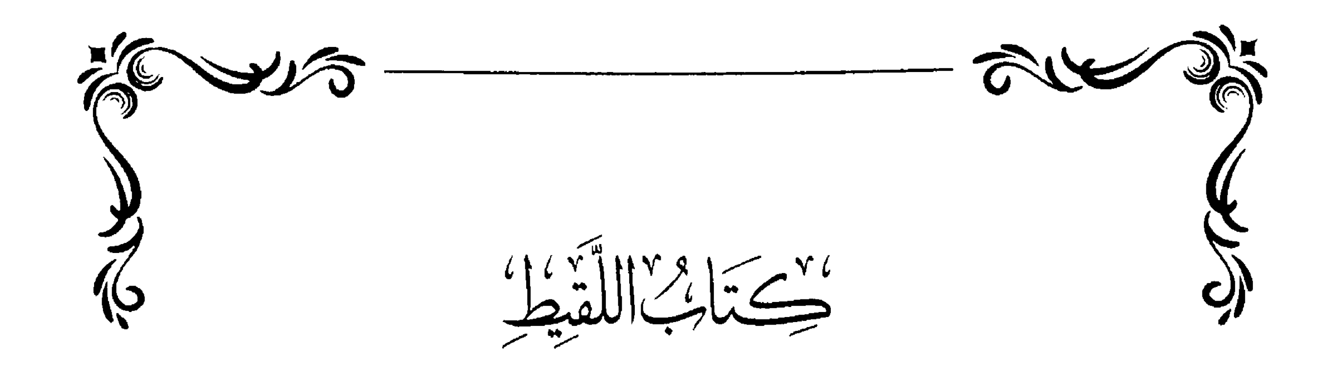
(٣) في (س، غ، ل): «تجز».





كِتَابُ اللَّقِيطِ





كتاب اللقيط

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: اللَّقِيطُ حرٌّ.

والأصلُ في ذلك: ما روِي عن عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ أنَّه قال: «اللَّقِيطُ حرٌّ، وعَقْلُه وولاؤُه للمسلمين»[1]. وعن عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ مثلُه[2].

قال: ونفقتُه [3]في بيتِ المالِ[3].

وذلك لأنَّه ليس بينَه وبينَ المُلْتَقِطِ[4] سببٌ يُوجِبُ النفقةَ فلا تجِبُ عليه، وهو حرٌّ مسلمٌ فقيرٌ[5]، فكانَتْ نفقتُه في بيتِ المالِ كسائرِ فقراءِ المسلمين.

---

(١) أخرجه البيهقي (٦/ ٢٠٢).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٠٣): «اللقيط في الأصل: ما يلقط، أي يرفع عن الأرض، وقد غلب على الطفل الذي يوجد مرميًّا على الطريق ونحوها، لا يعرف أبوه ولا أمه، فعيل بمعنى مفعول».

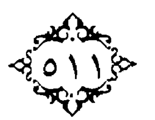
وقال: «عَقْله بفتح العين المهملة، وسكون القاف: أرش جناياته». وقال: «ولاؤه: إرثه».

(٢) أخرجه البخاري (٦/ ١٥٤) معلَّقًا، ووصله مالك في «الموطأ» (٢/ ٧٣٨)، ومن طريقه الشافعي (ص ٢٢٥)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٢٨٧٠). وصحَّحه ابن الملقن في «البدر المنير» (٧/ ١٧٣).

(٣-٣) في (ي): «في مال المسلمين»، وفي (نسخة مختصر القدوري): «من بيت المال».

(٤) في (س): «الملقطة»، وفي (ي): «اللقيط».

(٥) في (ر): «ومسلم وفقير».



قال: فإنِ التَقطَه رجلٌ لم يَكُنْ لغيرِه أن يأخُذَه مِن يدِه.

وذلك لأنَّ أخذَه سببُ إحيائِه، فمَن[1] وجَد ذلك مِن جهتِه كان أولَى به مِن غيرِه أصلُه الولادةُ، ولأنَّ يدَ المُلتقِطِ أسبقُ إليه، فلم يَكُنْ لغيرِه أخذُه منه كسائرِ المُباحاتِ إذا أخَذها.

قال: فإنِ ادَّعَى مُدَّعٍ أنَّه ابنُه فالقولُ قولُه.

وهذا الذي ذكره استحسانٌ، والقياسُ: أنْ لا يُقبَلَ قولُه؛ لأنَّه مُدَّعٍ مِن غيرِ بَيِّنةٍ [2]فلا يُصدَّقُ[2] ولا يَتعلَّقُ بقولِه حكمٌ، ولأنَّه بدَعْواه يُبطِلُ ما ثَبَت[3] للمُلْتقِطِ مِن حقِّ الإمساكِ، وما ثبَت[3] للمسلمين مِن حقٍّ[4] ولايةٍ، فلا يُقبَلُ قولُه مِن غيرِ بيِّنةٍ.

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ يدَ المُلْتقِطِ غيرُ مُسْتحِقَّةٍ؛ ألَا ترى أنَّ للقاضي أن يرفعَها، وفي إثباتِ نسبِه مِن المُدَّعِي منفعةٌ له، وهي وجوبُ النَّفقةِ والحضانةِ، فلذلك قُبِل قولُه وتُرِك القياسُ.

قال: وإنِ ادَّعَاه اثنانِ ووصَف أحدُهما علامةً في جسدِه فهو أولَى به[5].

(١) في (أ٢، ي): «وقد».

(٢-٢) في (ج، س، غ، ل): «ولا تصديق»، وفي (ق): «فلا تصديق».

(٣) في (أ٢، غ، ي): «يثبت».

(٤) ليس في: (ر).

(٥) ينظر: «الهداية» (٢/ ١٧٣)، و«الاختيار» (٣/ ٣٠)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٢٩٩)، و«العناية» (٦/ ١١٢).



وقال الشافعيُّ: يُرجَعُ إلى القافةِ، فإنْ ألحَقوه بأحدِهما كان أولَى به، وإنْ ألحَقوه بهما أو لم يُوجَدْ قافةٌ تُرِك حتى يَبلُغَ ويُنسَبَ(١) إلى أحدِهما(٢).

لنا: أنَّه مُلْتقَطٌ، فيَتعلَّقُ بوصفِ العلامةِ فيه حكمٌ لا يَثبُتُ مع عدمِها، أصلُه جوازُ تسليمِ اللُّقَطةِ إلى مَن وصَفها إذا غلَب على الظَّنِّ صدقُه، ولأنَّ كلَّ واحدٍ منهما لو انفرَد بدَعْواه قُبِل قولُه، وثبَت نسبُه منه، فجاز أن (٣يُرَجَّحَ دَعْواه بالعلامةِ؛ لِما فيها مِن الدلالةِ على سَبْقِ اليدِ، وكما٣) تُرَجَّحُ(٤) الدَّعاوَى بالعلامةِ في اختلافِ الزَّوجَيْن في متاعِ البيتِ، والذي يُؤكِّدُ ذلك قولُه تعالى: ﴿إِن كَانَ قَمِيصُهُۥ قُدَّ مِن قُبُلٍ فَصَدَقَتْ وَهُوَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ﴾ [يوسف:٢٦]. فحُكِم بالعلامةِ على صدقِ الصادقِ.

ولا يُشبِهُ هذا إذا ادَّعَى رجلانِ عبدًا في يدِ غيرِهما، ووصَف أحدُهما علامةً أنَّه لا يَسْتحِقُّ بالعلامةِ شيئًا؛ لأنَّ العلامةَ تَدُلُّ على يدٍ كانَتْ، (٥ويدٍ كانَتْ٥) لا يَسْتحِقُّ بها؛ ألَا تَرى أنَّه لو أقام المُدَّعِي البيِّنةَ أنَّ العبدَ كان في يدِه لم يَسْتحِقَّ العبدَ بذلك، ولو أقام أحدُ مُدَّعِي نسبِ اللَّقِيطِ البيِّنةَ أنَّه كان في يدِه قبلَ ذلك كان(٦) أحقَّ به، فكذلك أيضًا يكونُ أولَى به؛ لأجلِ العلامةِ التي تَدُلُّ على تَقدُّمِ اليدِ.

---

(١) في (ج، ر): «ينتسب».

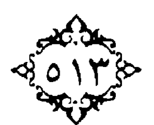
(٢) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٤٢٦)، و«الحاوي» (١٧/ ٣٩٨)، و«بحر المذهب» (٧/ ٣٧٠)، (١٤/ ٤٨٨).

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٤) في (ي): «تترجح».

(٥-٥) ليس في (س)، وفي (ي): «و».

(٦) في (ج): «وكان»، وفي (ر): «فكان».



فإن قيل: بأنَّه وصفٌ للمُدَّعِي، فوجَب أن لا يُقدَّمَ به الدَّعوى، أصلُه إذا وصَف[1] اللُّقَطةَ.

قيل له: هناك لا يَسْتحِقُّ بالدَّعْوى، فلا يَرْجُحُ[2] بالوصفِ، [3]وهاهنا يَسْتحِقُّ بالدَّعْوى، فيَرْجُحُ بالوصفِ[3].

وأمَّا إذا لم يَصِفْ واحدٌ منهما علامةً[4] فهو ابنُهما[5]؛ لِتَساوِيهما في الدَّعْوى، وهي[6] سببُ الاستحقاقِ.

قال: وإذا وُجِد في مصرٍ مِن أمصارِ المسلمين أو قريةٍ مِن قُرَاهم، فادَّعَى ذِمِّيٌّ أنَّه ابنُه، ثبَت نسبُه منه وكان مسلمًا[7].

وهذا الذي ذكَره استحسانٌ، والقياسُ أن لا يَثبُتَ نسبُه منه.

وجهُ القياسِ: أنَّ مَن وجَد في دارِ الإسلامِ لَقِيطًا فهو محكومٌ بإسلامِه؛ ألَا تَرى أنَّه إذا ماتَ قبلَ البُلُوغِ صُلِّي عليه ودُفِن في مقابرِ المسلمين، ويجوزُ للإمامِ أن يُزَوِّجَه مِن مسلمةٍ، وإذا كان مسلمًا بظاهرِ الدارِ لم يُصَدَّقِ الذِّمِّيُّ على دَعْوتِه؛ لأنَّ حكمَ[8] ولدِ الكافرِ أن يكونَ كافرًا.

---

(١) بعده في (ج): «به».

(٢) في (أ٢، ي): «يترجح»، وفي (ر): «يرجع»، وفي (ع): «ترجح».

(٣-٣) ليس في (أ٢، ي).

(٤) بعده في (ج): «قبل».

(٥) في (أ٢، ي): «لهما».

(٦) في (أ٢، ض، غ، ق، ل، ي): «هو».

(٧) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ٦٧)، و«المبسوط» (١٠/ ٢١٤)، و«البناية» (٧/ ٣١٧).

(٨) بعده في (ر): «ذلك أن يكون».

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ دَعْواه تَتضَمَّنُ شيئَيْن[1] في أحدِهما [2]نفعُ اللقيطِ[2]، وهو ثُبُوتُ النسبِ، ووجوبُ النفقةِ[3]، وفي الآخرِ ضَرَرٌ عليه، وهو كونُه كافرًا، فقبِلْنا[4] قولَه فيما له فيه نفعٌ، وهو ثبوتُ النسبِ، ولم يُقبَلْ فيما فيه ضررٌ عليه، وليس يمتنِعُ أن يكونَ [5]للذِّمِّيِّ ابنٌ مسلمٌ[5]؛ ألَا ترى أنَّ الولدَ يصيرُ مسلمًا بإسلامِ أبيه[6].

وقد قال الشافعيُّ: إنَّه يكونُ على دينِ الذي ادَّعَاه؛ لأنه [7]لمَّا ثبَت[7] نسبُه منه تبِعه في دينِه، كما لو ثبَت بالبيِّنةِ[8].

والجوابُ: أنَّه إذا ثبَت بالبيِّنةِ فالشهودُ غيرُ مُتَّهَمِينَ في شهادتِهم، فيُحكَمُ بمضمونِ الشهادةِ والمُقِرُّ مُتَّهَمٌ في إقرارِه، فيُقبَلُ إقرارُه فيما فيه منفعةٌ له، ولا يُقبَلُ فيما فيه مَضَرَّةٌ عليه، كما لو أقرَّ له بمالٍ وأقرَّ عليه بحقٍّ.

قال: وإنْ وُجِد في قريةٍ مِن قُرَى أهلِ الذِّمَّةِ، أو في بِيعَةٍ، أو كنيسةٍ كان ذِمِّيًّا.

وذلك لأنَّ هذه المواضعَ في أيدِيهم ومُختصَّةٌ بهم، فالظاهرُ أنَّ جميعَ مَن

---

(1) في (ج، س، ض، ع، غ، ل): «شيئان».

(2-2) في (س): «يقع للقيط»، وفي (ي): «يقع اللقيط».

(3) في (ر): «المنفعة».

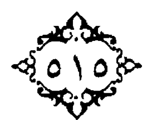
(4) بعده في (ر): «منه».

(5-5) في (أ2): «للذمي أب مسلم»، وفي (ر، س، ل): «الذمي ابن مسلم»، وفي (ي): «للمدعى أب مسلم».

(6) في (ج، ض، غ، ل): «أمه».

(7-7) في (ر): «لم يثبت».

(8) ينظر: «الحاوي» (7/ 96)، و«بحر المذهب» (14/ 497)، و«التهذيب» (4/ 576).



فيها منهم وإن كان يجوزُ[1] خلافُ ذلك؛ ألَا ترى أنَّه لمَّا كان الغالبُ في[2] دارِ الحربِ الكفرَ جاز أن يُحكَمَ على كلِّ مَن وُجِد هناك بالكفرِ، وإن جاز أن يكونَ فيهم (3مسلمٌ تاجرٌ أو أسيرٌ3)، كذلك هاهنا.

قال: ومَن ادَّعَى أنَّ اللقيطَ عبدُه لم يُقبَلْ منه (4وكان حرًّا4).

وذلك لأنَّ (7الأصلَ في الناسِ الحريةُ، والرِّقُّ طارئٌ عليها، فصارتِ الحريةُ هي الظاهرَ[5]، والحكمُ أبدًا يَتبَعُ الظاهرَ حتى يَثبُتَ خلافُه، فإذا ادَّعَى أنَّه عبدُه فقد ادَّعَى غيرَ الظاهرِ، فلا يُقبَلُ قولُه.

قال: فإنِ ادَّعَى عبدٌ[6] أنَّه ابنُه ثبت نَسَبُه منه وكان حرًّا.

وذلك لأنَّ7) القياسَ يَقتَضِي أنْ لا يُقبَلَ قولُه؛ لأنَّه مُدَّعٍ لا بيِّنَةَ له، إلا أن دَعْواه تَضمَّنَتْ شيئَيْن؛ أحدُهما فيه منفعةٌ للَّقِيطِ[8]، وفي الآخرِ[9] عليه مَضَرَّةٌ، فثبَت نسبُه منه[10] لِما فيه مِن المنفعةِ، ولم يَثبُتِ الرِّقُّ،.......................

---

(1) من (ر، س، ق).

(2) في (أ٢، ج، ض، غ، ق، ل، ي): «من».

(٣-٣) في (ج، س، غ، ل): «مسلمًا تاجرًا أو أسيرًا»، وفي (ي): «مسلم أو أسير».

(٤-٤) ليس في (نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣٥٤).

(5) في (ج، ل): «الظاهرة».

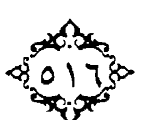
(6) في (س): «عبدًا».

(٧-٧) ما بين القوسين ليس في (ي).

(8) في (أ٢، ض، ق، ي): «اللقيط».

(9) في (ر): «الأخرى».

(10) ليس في : (ج).



كما لو أَقَرَّ له رجلٌ[1] بمالٍ وأَقَرَّ عليه بحقٍّ، أنَّه يُقبَلُ إقرارُه له، ولا يُقبَلُ عليه لِما ذكَرْناه.

وقد قال أصحابُنا: إذا ادَّعَى اللقيطَ حرٌّ وعبدٌ فالحرُّ أولَى؛ فإنِ ادَّعاه كافرٌ ومسلمٌ فالمسلمُ أولَى[2].

وقال الشافعيُّ: يَتساوَيانِ[3].

لنا: أنَّ دَعْوى الحرِّ، و[4]المسلمِ أنفعُ له مِن دَعْوى العبدِ والكافرِ؛ لأنَّه يَثبُتُ للصبيِّ الإسلامُ والحريةُ، والقولانِ إذا تعارَضا في حقِّ الصغيرِ فالأنفعُ أولَى، كما لو شهِد شاهدانِ بِرِقِّه وشهِد شاهدانِ بحريَّتِه.

فإن قيل: الحرُّ والعبدُ يَتساوَيانِ في جهةِ ثُبُوتِ النسبِ فصارا كالحُرَّيْنِ.

قيل له: هما وإنْ تساوَيا في الانتسابِ إلا أنَّ الدعوةَ تُقبَلُ لحقِّ اللقيطِ، لولا ذلك لم يَثبُتِ النسبُ بمجردِ الدَّعْوى، فإذا قبِلْناها لحقِّه ثبَت مِن ذلك ما فيه منفعةٌ، وسقَط ما فيه مَضَرَّةٌ.

قال: وإنْ وُجِد مع اللَّقِيطِ مالٌ مشدودٌ عليه فهو له.

وذلك لأنَّه ممن يَصِحُّ أن يَملِكَ، فما وُجِد معه [فهو له، إذا لم يَكُنْ يدُ أحدٍ

---

(١) ليس في: (ر).

(٢) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٤٥٢)، و«التجريد» (٨/ ٣٩٠٧)، و«النتف» (٢/ ٥٨٩)، «تبيين الحقائق» (٣/ ٣٠٠).

(٣) ينظر: «الحاوي» (٨/ ٥٥)، و«بحر المذهب» (٧/ ٣٧٢)، و«التنبيه» (٤/ ٥٧٦)، و«البيان» (٨/ ٣٢).

(٤) ليس في: (أ٢، ج، س، ض، ق، ي).



ثابتةً عليه](١)، وليس لأحدٍ يدٌ ثابتةٌ عليه، فالظاهرُ أنَّه له أصلُه القميصُ الذي عليه.

وكذلك لو كان اللَّقيطُ مشدودًا على دابةٍ(٢)، فالدابةُ له لِما ذكَرْناه.

قال: ولا يجوزُ تزويجُ المُلتقِطِ ولا تَصرُّفُه في مالِ اللقيطِ.

وذلك لأنَّ التزويجَ والتَّصرُّفَ في المالِ لا يَصِحُّ إلا بولايةٍ أو أمرٍ، ولا ولايةَ للمُلتقِطِ، ولا أمرَ فلم يَصِحَّ منه.

قال: ويجوزُ أن يَقْبِضَ له الهبةَ، ويُسَلِّمَه في صناعةٍ، ويُؤاجِرَه.

وذلك لأنَّ ما فيه منفعةٌ للَّقيطِ مِن غيرِ إيجابِ حقٍّ عليه لا يحتاجُ في فعلِه إلى ولايةٍ، أصلُه إطعامُه وغَسْلُ ثيابِه.

وقد قال أصحابُنا: إذا بلَغ اللقيطُ، فتَصرَّفَ وعقَد العقودَ، ثُمَّ أقرَّ بالرِّقِّ لإنسانٍ فصَدَّقَه، قُبِل قولُه على نفسِه، ولم يُقبَلْ على غيرِه في فسخِ العقودِ(٣). وهو أحدُ قولَي الشافعيِّ، وقال في قولٍ آخرَ: يفسخُ عقودَه(٤).

لنا: أنَّه حرٌّ في الظاهرِ، وإقرارُه يَتضمَّنُ إسقاطَ حقِّ نفسِه وإسقاطَ حقِّ غيرِه، فيُصدَّقُ على نفسِه ولا يُصدَّقُ على غيرِه، كمَن ابتاعَ عبدًا وزعَم أنَّه حرٌّ فإنَّه يَعتِقُ عليه، ولا يَرجعُ على البائعِ بالثمنِ.

(١-١) ما بين المعقوفين ليس في (ج، ح٢، ر، ع، غ، ق).

(٢) قال في حاشية (ح): «كذا إذا كان المال مشدودًا على دابة واللقيط عليها».

(٣) ينظر: «التجريد» (٨/ ٣٩٠٥)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٥٣)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٨)، و«المحيط البرهاني» (٥/ ٤٢٧).

(٤) ينظر: «الحاوي» (٨/ ٦٣)، و«المهذب» (٢/ ٣٢٠)، و«بحر المذهب» (٧/ ٣٨٢)، و«حلية العلماء» (٥/ ٥٧٣، ٥٧٤)، و«المجموع» (١٥/ ٣١٥).



فإن قيل: ما ثبَت به الرِّقُّ ثبَت به أحكامُه، أصلُه البَيِّنةُ.

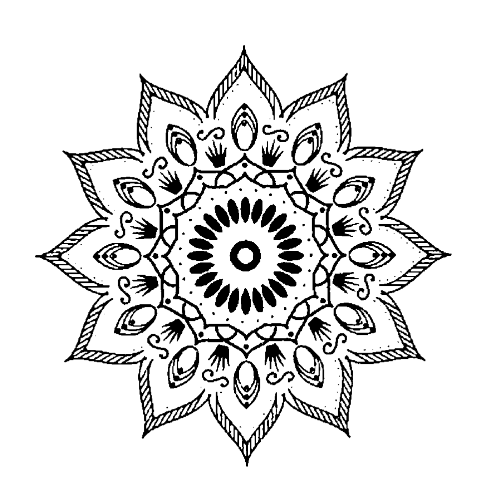
قيل له: إذا أقام البيِّنةَ ثبَت الرِّقُّ على وجهٍ لا تُهْمةَ فيه فأتبَعه[1] أحكامُه، والمُقِرُّ مُتَّهَمٌ في حقِّ [2]الغيرِ، فلم[2] تَتْبَعْه الأحكامُ[3].

والله أعلم

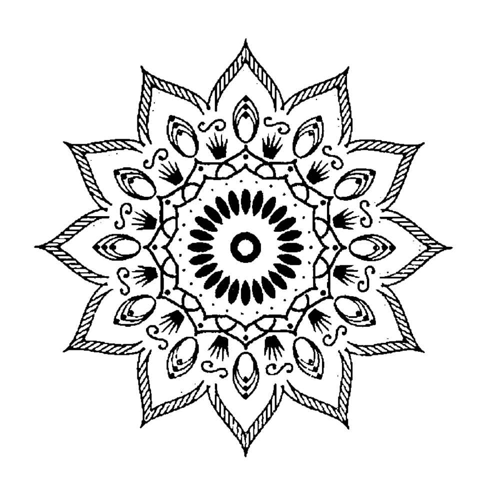
(١) في (ج، غ، ل): «فلزمه».

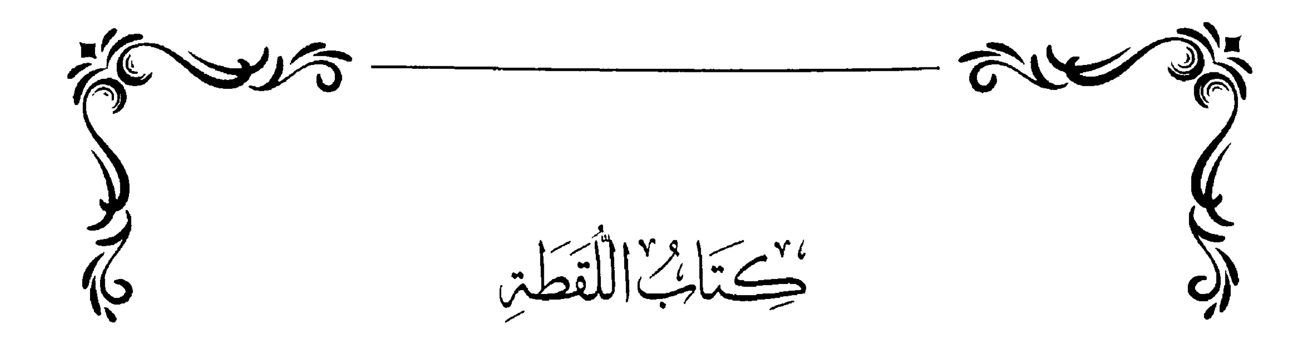
(٢-٢) في (ي): «العين».

(٣) في (ي): «في أحكامه».



كِتَابُ اللُّقَطَةِ





كتاب اللقطة

الأصلُ في جوازِ أخذِ اللُّقَطةِ: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن وجَد لُقَطةً فليُشْهِدْ ذَوَيْ عدلٍ»[1]. وروِي: «أنَّ أُبَيَّ بنَ كعبٍ وجَد صُرَّةً فيها مئةُ دينارٍ، فأمَره النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بتعريفِها»[2]، ولم يُنكِرْ عليه أخْذَها، فدَلَّ ذلك على جوازِ الأخذِ.

وقد قال أصحابُنا: يُستَحَبُّ أخذُ اللقطةِ ولا يجِبُ[3].

[4]ومِن أصحابِ الشافعيِّ مَن قال[4]: يجِبُ إذا خاف ضياعَها، ويُستَحَبُّ إذا لم يَخَفْ[5].

---

(١) أخرجه أبو داود (١٧٠٩)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٧٦)، وابن ماجه (٢٥٠٥) عن عياضِ بن حِمَارٍ. وصحَّحه ابن عبد الهادي في «تنقيح التحقيق» (٤/ ٢٤٠)، وابن الملقن في «البدر المنير» (٧/ ١٥٣).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٠٤): «اللُّقَطة بفتح اللام، وفتح القاف: اسم المال الملقوط، أي الذي تجده في ملقىً فتأخذه. قال الأزهري: ولم أسمع اللقْطة بسكون القاف لغير الليث». ينظر: «تهذيب اللغة» (٩/ ١٦)، و«المغرب» (٢/ ٢٤٧).

(٢) أخرجه البخاري (٢٤٢٦)، ومسلم (١٧٢٣/ ٩).

(٣) ينظر: «التجريد» (٨/ ٣٨٦٢)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠٠)، «تبيين الحقائق» (٣/ ٣٠١)، و«البناية» (٧/ ٣٣٣).

(٤-٤) في (س): «وقال الشافعي». والقول منسوب لابن سريج، وأبي إسحاق الشيرازي من الشافعية، وهو ظاهر المذهب، كما في «البيان» للعمراني (٧/ ٥٢٠).

(٥) ينظر: «الأم» (٤/ ٦٨)، و«الحاوي» (٨/ ١٠)، و«بحر المذهب» (٧/ ٣٢٤)، و«الوسيط» (٤/ ٢٨١).



وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنَّ كلَّ فعلٍ لو تركه لم يضمَنْ به اللقطةَ، فإنَّه لا يجِبُ الأخذُ[1] فيها، أصلُه التعريفُ.

فإن قيل: المقصودُ مِن أخذِها الحفظُ، فإذا لم يأخُذْها فقد ضيَّع الحفظَ.

قيل له: هذا[1] يَبطُلُ به إذا امتنَع مِن أخذِ الوديعةِ، (2فإنَّه إذا أخَذها2) فقد ترَك التزامَ حفظِها، والأخذُ غيرُ واجبٍ.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **اللُّقَطةُ أمانةٌ إذا أشْهَدَ المُلتقِطُ أنَّه يأخُذُها ليَحفَظَها ويَرُدَّها على صاحبِها.**

وهذا الذي ذكره قولُ أبي حنيفةَ، (3وإنْ ترَكَ الإشهادَ على ذلك، وأخَذها ضمِن.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ3): الإشهادُ ليس بواجبٍ، والقولُ قولُه مع يمينِه أنَّه[4] أخَذها ليَرُدَّها[5].

وللشافعيِّ قولانِ؛ أحدُهما: أنَّه يجِبُ عليه الإشهادُ. والآخرُ: الإشهادُ مُستَحَبٌّ[6].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: حديثُ يزيدَ بنِ الشِّخِّيرِ: أنَّ النبيَّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ قال: «ومَن وجَد لُقَطةً فليُشهِدْ ذَوَيْ عدلٍ، ولا يَكتُمْ ولا يُغيِّبْ ولا يُغيِّرْ؛ فإنْ جاء

---

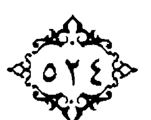
(1) من (ي). (٢-٢) من (ي).

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٤) في (أ٢، ض، ق): «إذا».

(٥) ينظر: «التجريد» (٨/ ٣٨٦٤)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠١)، و«المحيط البرهاني» (٥/ ٤٣٩).

(٦) ينظر: «الحاوي» (٨/ ١٢)، و«البيان» (٧/ ٥٢٤)، و«المجموع» (١٥/ ٢٥٨).



صاحبُها فهو أحقُّ بها»[1]. فأمَر بالإشهادِ عندَ الأخذِ، فكان شرطًا في جوازِ الأخذِ، فإذا ترَكه فقد أخَذ على غيرِ الوجهِ الذي أُبيحَ له فيكونُ غاصبًا، ولأنَّ مَن أخَذ شيئًا فالظاهرُ أنَّه يأخذُه لنفسِه، إلا أن يَعلَمَ غيرَ ذلك، ومَن أخَذ مالَ غيرِه لنفسِه كان غاصبًا.

وجهُ قولِهما: أنَّه مندوبٌ إلى أخذِ اللُّقَطةِ، ومَن أخَذ مالَ الغيرِ بإذنٍ لم يَتعلَّقْ بفعلِه ضمانٌ، أصلُه المُودَعُ.

والجوابُ: [2]أنَّ هاهنا قد أخَذ بإذنِ[2] المالكِ، فإذا لم يُشهِدْ فقد أسقَط حقَّه، ومالكُ اللُّقَطةِ لم يأذَنْ له[3] في الأخذِ، فلم يَسقُطْ حقُّه مِن التوثيقِ، فوجَب أن يَسْتوفِيَ له.

قال: فإنْ كانَتْ أقلَّ مِن عشَرةِ دراهمَ عرَّفها أيامًا، وإن كانَتْ عَشَرةً فصاعدًا عَرَّفها حولًا.

[4]ومِن أصحابِ الشافعيِّ مَن قال[4]: القليلُ والكثيرُ سواءٌ.

لنا: ما روِي في حديثِ عمرَ بنِ عبدِ اللَّهِ، [5]عن جدَّتِه، عن أبيها[5]: أنَّ النبيَّ

(١) أخرجه النسائي في «الكبرى» (٥٧٧٦) عن يزيد بن عبد اللَّه بن الشخير، عن مطرف، عن عياض بن حمار الأشجعي. وقد تقدَّم تخريجه.

(٢-٢) في (ي): «هاهنا أنه قد أخذ بغير إذن».

(٣) من (ي).

(٤-٤) في (س): «وقال الشافعي». وينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٣٤٨)، «الحاوي» (٨/ ١٦).

(٥-٥) في (أ٢، ق): «عن أبيه، عن جده»، وفي (ي): «عن جدته، عن أبيه». وهو إسناد مشكل قد ذكره ابن حبان في «الثقات» (٤/ ١٩٥، ١٩٦) في ترجمة حكيمة بنت يعلى بن مرة، =



صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَن التَقط لُقَطةً يسيرةً؛ درهمًا أو حبلًا[1] أو شِبْهَ ذلك فليُعَرِّفْه ثلاثةَ أيامٍ، فإن كان فوقَ ذلك فليُعَرِّفْه سِتَّةَ أيامٍ»[2].

فإن قيل: روِي أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال في اللُّقَطةِ: «[3]اعرِفْ عِفَاصَها ووِكَاءَها، ثم[3] عَرِّفْها سنةً»[4].

قيل له: قد بُيِّنَ بخبرِنا أنَّها إذا كانَتْ درهمًا أو حبلًا[5] لم يجِبْ ذلك فيها،

وهذا إشكال فإن كانت حكيمة بنت يعلى فهي عمة عمر وليست جدته. وثمة إشكال آخر، وهو ما ذكره المزي في «تهذيب الكمال» (٢١/ ٤١٨) في ترجمة عمر حيث قال: يروي عن جدته حكيمة امرأة يعلى بن مرة، فاللَّه أعلم.

(١) في (ج، غ، ل): «حملًا».

(٢) أخرجه أحمد (١٧٥٦٦)، والطبراني في «الكبير» (٢٢/ ٢٧٣) (٧٠٠)، والبيهقي (٦/ ١٩٥) من طريق عمر بن عبد اللَّه بن يعلى، عن جدته حكيمة، عن يعلى بن مرة. وقال البيهقي: «تفرَّد به عمر بن عبد اللَّه بن يعلى، وقد ضعَّفه يحيى بن معين، ورماه جرير بن عبد الحميد وغيره بشرب الخمر».

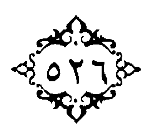
(٣-٣) ليس في (ي).

(٤) البخاري (٢٣٧٢)، ومسلم (١٧٢٢) عن زيد بن خالد الجهني.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٠٤): «عِفَاصها: العِفَاص بكسر العين المهملة، وبعدها فاء وألف وصاد مهملة: الوعاءُ الذي تكونُ فيه النَّفَقةُ مِن جلد أو خِرْقةٍ أو غير ذلك، من العفص بمعنى العطف. قال في المغرب: وقيل: هو الصمام. انتهى. قلت: الصِّمام بكسر الصاد المهملة: ما تسد به القارورة، ووافق على أنه الصمام الحافظ أبو عمر بن عبد البر». ينظر: «التمهيد» (٣/ ١٠٧)، و«النهاية» (٣/ ٢٦٣)، و«المغرب» (٢/ ٧٠).

وقال: «وكاءَها: الوِكاء بكسر الواو: الخيط الذي تُشَدُّ به الصرة أو الكيس أو غيرهما». ينظر: «لسان العرب» (١٥/ ٤٠٥) (و ك ي).

(٥) في (ج، غ، ل): «حملًا».



وأن الحكمَ يختلِفُ باختلافِ المقاديرِ، فوجَب أن يرجِعَ إليه.

قال: فإنْ جاء صاحِبُها وإلا تصدَّق بها، فإنْ جاء صاحبُها فهو بالخيارِ؛ إن شاءَ أمضى الصدقةَ، وإن شاءَ ضمِن المُلتقِطُ [1].

وذلك لِما روِي في حديثِ أبي هريرةَ: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سُئِل عن اللُّقَطةِ؟ فقال: «لا تَحِلُّ اللقطةُ؛ فمَن التَقَط شيئًا فليُعَرِّفْه سنةً؛ فإن جاءَ صاحبُها فَلْيَرُدَّها إليه، وإن لم يأتِ فليَتَصدَّقْ به؛ فإن جاء فليُخَيِّرْه بينَ الأخذِ [2]، وبينَ الذي أنفَقه [3]». وقولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لا تَحِلُّ اللقطةُ». ليس معناه: لا يَحِلُّ أخذُها؛ لأنَّ الأخذَ حلالٌ بالإجماعِ؛ وإنَّما المرادُ به: لا يَحِلُّ تَمَلُّكُها، وهذا يَدُلُّ على أنَّ المُلتقِطَ لا يَملِكُها بعدَ مُضِيِّ الحولِ.

قال: ويجوزُ الالتقاطُ في الشَّاةِ والبقرةِ والبعيرِ [4].

وقال الشافعيُّ: لا يجوزُ [5].

---

(١) بعده في (ي): «قيمتَها».

(٢) في (ج، ع): «الأجر».

(٣) في (ج، س، ع، غ، ل): «له».

والحديث أخرجه الطبراني في «الأوسط» (٢٢٠٨)، والدارقطني (٤٣٨٩) من طريق يوسف ابن خالد السمتي، عن زياد بن سعد، عن سُمَي، عن أبي صالح، عن أبي هريرة. وقال الطبراني: «لم يروه عن زياد بن سعد إلا السمتي، ولم يروه عن سُمَي إلا زياد بن سعد». وينظر: «علل الدارقطني» مسألة (١٩٧٤).

(٤) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٣٤٦)، و«التنبيه» (٤/ ٣١٢).

(٥) ينظر: «الأم» (٤/ ٦٨)، و«الأوسط» (١١/ ٢١٣)، و«كفاية النبيه» (٦/ ١٣٢).



لنا: ما روِي في حديثِ عياضِ بنِ حمارٍ: «أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سُئِل عن الضَّالَّةِ؟ فقال: «عَرِّفْها؛ فإنْ وجَدتَ صاحبَها وإلا فهي مالُ اللَّهِ». وهذا يَدُلُّ على جوازِ أخذِ الضَّالَّةِ، وأنَّها في حكمِ اللقطةِ، ولأنَّها ضَالَّةٌ يُخْشَى ضياعُها، فجاز أخذُها لصاحبِها لُقَطَةً، أصلُه الصغارُ إذا وُجِدتْ في المصرِ.

فإن قيل: روِي في حديثِ خالدٍ الجُهَنيِّ، قال: جاء رجلٌ إلى النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فسألَه عن اللقطةِ؟ فقال: «اعرِفْ عِفَاصَها ووِكَاءَها وعَرِّفْها سنةً؛ فإنْ جاءَ صاحبُها وإلا فشأنَك بها». قال: فضَالَّةُ الغنمِ؟ قال: «خُذْها؛ فإنَّما هي لك أو لأخيكَ أو للذئبِ». فقال: يا رسولَ اللَّهِ، فضَالَّةُ الإبلِ؟ فغضِب رسولُ اللَّهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حتى احْمَرَّتْ وَجْنَتَاه، وقال: «ما لَكَ ولها؟! معها حِذاؤُها وسِقاؤُها، تَرِدُ الماءَ وتَرْعَى الشجرَ، دَعْها حتى يَلْقاها رَبُّها»[1].

قيل له: لمَّا بَيَّنَ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّ ضالَّةَ الغنمِ يجوزُ أخذُها للخوفِ عليها كان فيه تنبيهٌ على أخذِ الإبلِ إذا خافَ عليها، وهو خلافُ قولِهم، ثُمَّ أخبَر أنَّه لا يأخُذُها [(٢]إذا كانَتْ محفوظةً يُرْجَى لقاءُ صاحبِها، ومتى كانَتْ كذلك لم يَجُزْ أن يأخُذَها[٢)]، فربَّما بَعُدَتْ عن مالكِها، والكلامُ بَيَّنَّا فيه إذا خافَ عليها، أو غلَب في ظَنِّه أن مالكَها لا يَلْقاها، فيأخُذُها ليَحْفَظَها.

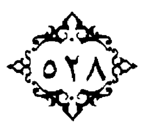
وإنما فرَّق النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بينَ الإبلِ والغنمِ؛ لأنه متى ترَكَ الغنمَ

---

(١) تقدَّم.

وقال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٠٤): «حِذَاؤُها: الحِذَاء بكسر الحاء المهملة، وفتح الذال المعجمة: النعل».

(٢-٢) ما بين القوسين ليس في (ي).



لا[1] تَسْتقِلُّ بنفسِها، ولم يُؤْمَنْ عليها، وهذا هو الغالبُ مِن حالِها، فخرَج كلامُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على الغالبِ، ونبَّهَ به على أحدِ حالتي الإبلِ، وبيَّنَ بالنُّطْقِ حكمَها إذا كانَتْ محفوظةً يَلْقاها مالكُها في الغالبِ، وقال صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في خبرِ عياضٍ: «عَرِّفْها». وهذا بيانٌ لحكمِ الضالَّةِ التي يَبعُدُ أنْ يَلْقاها ربُّها إلا بعدَ التعريفِ.

قال: فإنْ أنفَق المُلتقِطُ عليها بغيرِ إذنِ الحاكمِ فهو مُتبرِّعٌ.

وذلك لأنَّه أنفَق على مِلْكِ غيرِه بغيرِ [2]أمرِ مَن[2] له في ذلك أمرٌ، فكان مُتبرِّعًا، أصلُه إذا علَف دابةَ غيرِه.

قال: وإنْ أنفَق عليها[3] بأمرِه كان ذلك دَيْنًا على صاحبِها.

وذلك لأنَّ الحاكمَ له ولايةٌ في حفظِ أموالِ المسلمين وفي وُجُوهِ مصالحِهم، فإذا رأى الإذنَ في الإنفاقِ عليها جاز.

قال: وإذا رُفِع ذلك إلى القاضي[4] نظَر فيه، فإنْ كان للبهيمةِ منفعةٌ آجَرَها، وأنفَق عليها مِن أُجرتِها، وإن لم يَكُنْ لها منفعةٌ وخاف أن تستغرقَ النَّفقةُ قيمتَها باعَها وأمَر بحفظِ ثمنِها.

وإنْ كان الأصلحُ الإنفاقَ عليها أذِن[5] في ذلك، وجعَل النفقة دَيْنًا على

---

(١) في (أ٢، س، ع): «لم».

(٢-٢) في (ي): «إذنه أي: إذن من كان».

(٣) ليس في (ج، نسخة مختصر القدوري).

(٤) في (نسخة مختصر القدوري): «الحاكم».

(٥) بعده في (ج): «له».



مالكِها، وهذا كلُّه على ما بيَّنَّا أن الحاكمَ هو الناظرُ في أُمُورِ المسلمين وفي وُجُوهِ مصالحِهم، والمقصودُ حفظُ المِلْكِ على صاحبِه، فكلُّ ما رآه أحوطَ لصاحبِه وأصلحَ فعَله وأذِن فيه.

قال: فإذا حضَر[1] فللمُلتقِطِ أن يمنعَه منها حتى يأخُذَ النَّفقةَ.

وذلك لأنَّها سَلِمتْ له بنفقتِه، فصار كأنَّه استفادَ مِلْكَها مِن جهتِه بتلك النفقةِ، فكان له حبسُها عنه حتى يَسْتوفيَها، كما للبائعِ حبسُ المبيعِ عن المُشترِي حتى يَسْتوفيَ الثمنَ.

قال: ولُقَطةُ الحرمِ والحِلِّ سواءٌ.

وقال الشافعيُّ[2]: يجِبُ له التعريفُ أبدًا حتى يجيءَ صاحبُها، ولا يجوزُ له تَمَلُّكُها والانتفاعُ بها[3].

دليلُنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن التقَط لُقَطةً فليُعَرِّفْ عِفاصَها ووِكَاءَها وليُعَرِّفْها حولًا»[4]. وهو عامٌّ، ولأنها لُقَطةٌ أُبيحَ له[5] أخذُها، فجاز له الانتفاعُ بها بعدَ الحولِ، أصلُه لُقَطةُ الحِلِّ.

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «ولا يَحِلُّ لُقَطتُها إلا

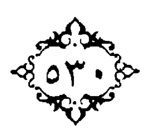
(١) في (ي): «حضرت».

(٢) بعده في حاشية (ج): «لا يحل له اللقطة في الحرم».

(٣) ينظر: «المهذب» (٢/ ٣٠٣)، و«نهاية المطلب» (٨/ ٤٨٩)، و«البيان» (٧/ ٥١٧).

(٤) أخرجه بهذا اللفظ أبو عوانة في «مستخرجه» (٦٤٣٦)، والبيهقي (٦/ ١٩٢) من حديث زيد بن خالد. وقد تقدَّم تخريج حديث زيد.

(٥) من (ي).



لمُنشِدٍ[1]». [4]والمعنى[2]: أنَّه يُعَرِّفُها [3]لا أنَّه[3] يَحِلُّ له أخذُها لمُعَرِّفِها[4].

قيل له: فعندَنا لا يجوزُ أخذُ اللُّقطةِ إلا للتعريفِ، ولا يَحِلُّ له أن يأخُذَها بغيرِ التعريفِ، وفائدةُ تخصيصِ الحرمِ هي أن الغالبَ أنَّ اللُّقطةَ فيه تكونُ للغريبِ[5]، فيُظَنُّ لذلك أن صاحبَها لا يُوجَدُ في الغالبِ، فبيَّنَ النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه وإن كان كذلك، فلا بُدَّ مِن التعريفِ.

وقد قال أبو حنيفةَ: إذا أخَذ اللُّقَطةَ وأشهَد على أخذِها، ثُمَّ رَدَّها إلى المكانِ الذي أخَذها منه أنَّه لا يَضمَنُها[6].

وقال الشافعيُّ: يَضْمَنُها[7].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ ذلك المكانَ قد أُجرِي مجْرَى يدِ المالكِ؛ بدليل إباحةِ الأخذِ منه قبلَ حُدُوثِ يدٍ أُخرَى، فإذا رَدَّ إليه اللُّقطةَ لم يلزَمْه الضمانُ بالرَّدِّ، كما لو رَدَّها إلى يدِ وكيلِه، ولأنه ترَكها في المكانِ الذي وجَدها فيه قبلَ وُجُوبِ ضمانِها عليه، فوجَب أن لا يلزَمَه ضمانُها مِن غيرِ إتلافٍ، أصلُه إذا تمكَّن مِن أخذِها فلم يأخُذْها.

---

(١) في (أ٢، ر، ض، غ، ق، ي): «لمنشدها».

والحديث أخرجه البخاري (٢٤٣٤)، ومسلم (١٣٥٥/ ٤٤٨) عن أبي هريرة.

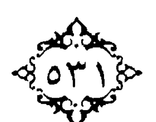
(٢) في (ي): «فإن قيل: والمعنى». (٣) في (ي): «لأنه».

(٤-٤) ليس في (س)، وفي (ج): «والمعنى أنه يعرفها إلا أنه لا يحل له أن يأخذها لغير التعريف».

(٥) في (س، ي): «للتعريف».

(٦) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٥٤)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠١)، و«المحيط البرهاني» (٥/ ٤٣٩)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٣٠٢).

(٧) ينظر: «الحاوي» (٨/ ١٢)، و«نهاية المطلب» (٨/ ٤٥٢)، و«جواهر العقود» (١/ ٣٢٤).



فإن قيل: إنما جاز له الأخذُ مِن مكانِها؛ لأنها ضائعةٌ فيه، فإذا أخذها لزِمه حفظُها، فإذا رَدَّها فقد ضَيَّعَها، وصار كمَن في يدِه وديعةٌ فترَكها في الطريقِ.

قيل له: لا نُسَلِّمُ أنَّه لزِمه حفظُها؛ لأنَّه مُتبرِّعٌ بالحفظِ، فإذا فعَله مِن غيرِ التزامٍ، ثُمَّ ترَكه، لم يلزَمْه ضمانٌ كما لو لم يأخُذْها، ولكنَّه [1] حبَسها عندَه [1] ينتظِرُ صاحبَها، ثُمَّ انصرَف، وليس كذلك الوديعةُ؛ لأنَّه التزَم لصاحبِها حفظَها، ولو لم يلتزِمْ لكان المالكُ يَسْتدرِكُ حقَّه مِن مُودَعٍ آخرَ، فلم يَجُزْ أن يرجِعَ فيما التزَمه.

وأمَّا إذا أخَذها ولم يُشهِدْ، ثُمَّ رَدَّها إلى مكانِها، فإنَّه يضمَنُ عندَ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يضمَنُ[2].

أمَّا أبو حنيفةَ فبنَى على أصلِه أنَّه لا يجوزُ له الأخذُ حتى يُشْهِدَ أنه يأخُذُها للتعريفِ، فإن لم يُشهِدْ فهو غاصبٌ، والغاصبُ [4] لا يَبْرَأُ مِن الضمانِ بفعلِه خاصةً، ولم يُوجَدْ إلا مجرَّدُ[3] فعلِه، وعلى أصلِهما هي أمانةٌ [4] في الوجهَيْن أشهَد أو لم يُشهِدْ، فيَبْرَأُ[5] مِن الضمانِ بالرَّدِّ.

قال: وإذا حضَر رجلٌ فادَّعَى اللُّقَطةَ[6]، لم تُدفَعْ إليه حتى يُقِيمَ البيِّنَةَ، فإنْ أعطَى علامتَها جاز للمُلْتقِطِ أن يدفعَها إليه، ولا يُجبَرُ على ذلك في القضاءِ.

(١-١) في (ج، ر، ع، غ، ق، ل): «جلس عندها»، وفي (س): «عندها».

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٠١)، و«المحيط البرهاني» (٥/ ٤٣٩).

(٣) في (ر، غ): «بمجرَّد».

(٤-٤) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٥) في (ي): «عندهما فبرئ».

(٦) في (ض٢، ق، نسخة مختصر القدوري): «أن اللقطة له».



وذلك لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البيِّنةُ على المُدَّعِي»(١). وقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في رجلٍ ادَّعَى أرضًا في يدِ رجلٍ: «شاهِدَاك أو يمينُه، ليس لك إلا ذلك(٢)». فظاهرُ هذا يَقْتضِي أنَّه لا يَسْتحِقُّ بالعلامةِ، (٣ولا يُشْبِهُ هذا اللَّقِيطَ أنَّه يُسْتَحَقُّ بالعلامةِ٣)؛ لأنَّ مُدَّعِي نسبِ اللَّقيطِ مُصَدَّقٌ في دَعْواه مِن غيرِ بَيِّنَةٍ ولا علامةٍ، (٤فكذلك مع العلامةِ، ومُدَّعِي اللُّقطةِ لا يُصَدَّقُ مِن غيرِ بَيِّنةٍ ولا علامةٍ٤) فلم يُصَدَّقْ بمجردِ العلامةِ، أصلُه سائرُ الدَّعَاوَى.

والذي رِوِي أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «فإنْ جاءَ باغِيها، (٥أي: طالبُها٥)، فعَرَّفَ عِفاصَها وعددَها فادفَعْها إليه»(٦). فلا دلالةَ فيه؛ لأنَّ أصلَ الخبرِ: «فإنْ جاءَ صاحبُها»، وهذا لا يُعرَفُ بالعلامةِ، على أنَّ الخبرَ محمولٌ على جوازِ الدَّفْعِ بعدَ العلامةِ لا على وجهِ الاستحقاقِ، والحكمُ بدليلِ ما تقدَّم مِن السُّنَّةِ والأصولِ.

قال: ولا يَتَصَدَّقُ باللُّقَطةِ على غنيٍّ.

وذلك لأنَّه روِي في عامَّةِ الأخبارِ: «فإنْ جاء صاحبُها وإلا تَصدَّقَ بها»(٧)،

---

(١) تقدَّم.

(٢) في (ي): «هذا».

والحديث أخرجه البخاري (٢٥١٥)، ومسلم (١٣٨) عن ابن مسعود.

(٣-٣) ليس في (ي).

(٤-٤) ما بين القوسين ليس في (ج، غ، ل، ي).

(٥-٥) ليس في (ج، ر)، وفي (ل): «وصاحبها».

(٦) تقدَّم من حديث زيد بن خالد، وهذا لفظ أبي داود (١٧٠٦).

(٧) تقدَّم من حديث يعلى بن مرة عند الطبراني في «الكبير» (٢٢/ ٢٧٣) (٧٠٠)، ومن حديث أبي هريرة في «الأوسط» (٢٢٠٨).



(١)وما سبيلُه الصدقةُ لا يجوزُ دَفْعُه إلى الغنيِّ(١)، الدليلُ عليه الزكاةُ.

قال: وإنْ كان المُلتقِطُ غنيًّا لم يَجُزْ أن يَنْتفِعَ بها(٢)، فإنْ كان فقيرًا فلا بأسَ أن يُنفِقَها(٣).

وقال الشافعيُّ: يجوزُ للغنيِّ أن يَنْتفِعَ بها بعدَ الحولِ، ويكونَ قرضًا عليه(٤).

دليلُنا: ما رُوِي عن النبيِّ ﷺ أنَّه قال: «لا تَحِلُّ اللُّقَطةُ؛ فمَن التقط شيئًا فليُعَرِّفْه سنةً، فإنْ جاء صاحبُها فليَرُدَّه إليه، وإنْ لم يأتِ فليَتَصدَّقْ به»(٥). وقولُه: «لا تَحِلُّ». يمنَعُ المُلتقِطَ مِن الانتفاعِ باللُّقَطةِ في جميعِ الأحوالِ إلا أنَّا جَوَّزْناه في حالِ الفقرِ بالإجماعِ.

وقولُه: «فليَتَصدَّقْ بها». يمنَعُ انتفاعَ الغنيِّ بها؛ لأنهما يَتنافَيانِ، ألَا تَرى أنَّ ما سبيلُه الصدقةُ لا يجوزُ صرفُه إلى الغنيِّ، ولأنه مالٌ(٦) أُمِر بإمساكِه لطلبِ مُستَحِقِّه، فلا يجوزُ الانتفاعُ به مِن غيرِ حاجةٍ، أصلُه مالُ بيتِ المالِ.

فإن قيل: رُوِي في حديثِ (٧)زيدِ بنِ(٧) خالدٍ الجهنيِّ: أنَّ النبيَّ ﷺ قال للمُلْتقِطِ: «اعرِفْ عِفَاصَها ووِكاءَها؛ فإنْ جاء صاحبُها وإلا فشأنَك بها». ورُوِي(٨) أنَّه قال: ....

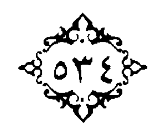
(١-١) في (ي): «وأما مسألة الصدقة لا يجوز دفعها إلى غني».

(٢) بعده في (ج): «بعد الحول». (٣) في (ر، نسخة مختصر القدوري): «بأن ينتفع بها».

(٤) ينظر: «الأم» (٥/ ١٣٩)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٣٥)، و«الحاوي» (٨/ ٩).

(٥) تقدَّم. (٦) في (ج): «ما».

(٧-٧) من (ر، ق). وهو الصواب الموافق لمصادر تخريج الحديث، وقد تقدَّم تخريج الحديث مستوفى في صدر الباب. (٨) بعده في (ي): «في حديث».



«فاصنَعْ بها ما تصنَعُ بمالِك»[1].

قيل له: معنى قولِه: «فشأنَك بها». يعني: في الحفظِ والعملِ بها على ما كان قبلَ الحولِ، فكذلك معنى قولِه: «فاصنَعْ بها ما تصنَعُ بمالِك». مِن[2] الحفظِ والاحتياطِ؛ ألَا ترى أنَّ الانتفاعَ والإنفاقَ لا يقعُ باللُّقَطةِ عندَهم وإنما يَتملَّكُها، ثُمَّ يقعُ ذلك في مِلْكِه، والذي يُفعَلُ عندَهم في اللُّقَطةِ هو التمليكُ والقرضُ، وذلك لا يُمكِنُ في مالِ نفسِه، فعُلِم أنَّ المرادَ بالخبرِ الحفظُ والاحتياطُ فيها، والذي روِي أنَّه صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال له: «انتفِعْ بها»[3]. فيحتمِلُ أنَّه كان فقيرًا.

قال: ويجوزُ أن يَتصدَّقَ بها إذا كان غنيًّا على أبيه وابنِه وزوجتِه إذا كانوا فقراءَ.

وذلك لأنَّ الصدقةَ بها إن كان نَفْلًا فدَفْعُ صدقةِ النَّفْلِ إلى هؤلاء جائزةٌ، وإن كان واجبًا فهو جائزٌ أيضًا؛ لأنَّه نائبٌ[4] في الدَّفعِ عن غيرِه وليس بدافعٍ عن نفسِه، ومَن اسْتَنابَ رجلًا في دفعِ زكاتِه كان للدافعِ صرفُها إلى أبيه وابنِه، فكذلك اللُّقَطةُ.

والله أعلم

---

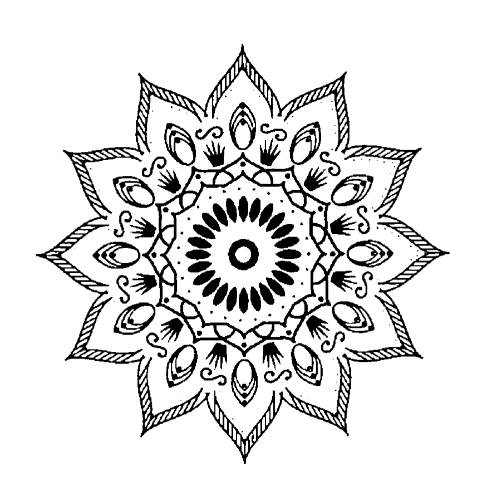
(١) أخرجه سعيد بن منصور، ومن طريقه ابن الجوزي في «التحقيق» (٢/ ٢٣٣) عن زيد بن خالد الجهني.

(٢) في (ي): «في».

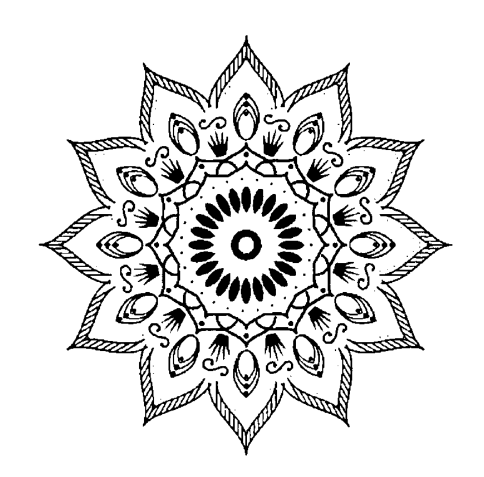
(٣) هذا اللفظ عند النسائي في «الكبرى» (٥٧٩٠) من حديث أبي بن كعب. وتقدَّم تخريج أصله من «الصحيحين».

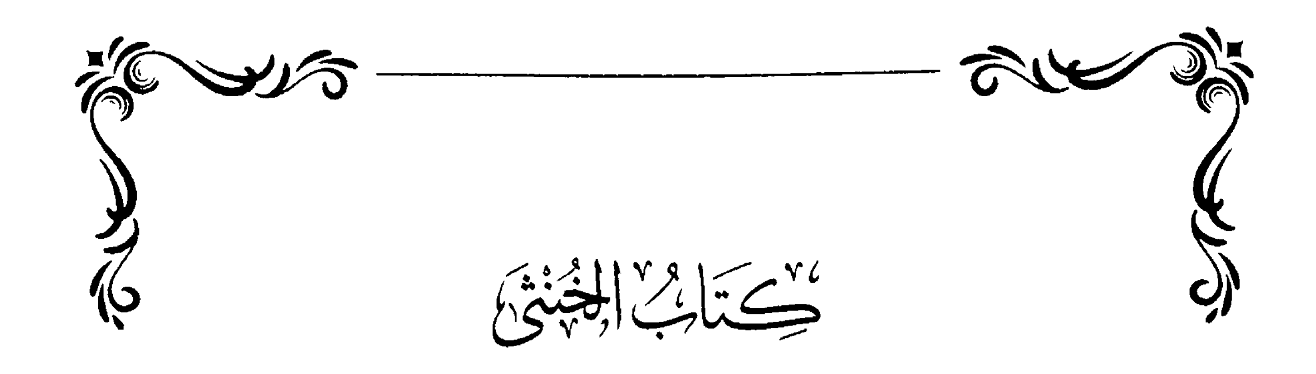
(٤) في (ي): «ثابت».





كِتَابُ الخُنْثَى





كتاب الخنثى

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا كان للمولودِ[1] فَرْجٌ وذَكَرٌ فهو خُنْثَى؛ فإنْ كان يبولُ مِن الذَّكَرِ فهو غلامٌ، وإنْ كان يبولُ مِن الفَرْجِ فهو أُنْثى، وإن كان يبولُ منهما والبولُ يَسبِقُ مِن أحدِهما نُسِب إلى الأسبقِ.

والأصلُ في ذلك ما روَى الكلبيُّ، عن أبي صالحٍ، عن ابنِ عباسٍ: أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سُئِل عن مولودٍ وُلِد في قومٍ وله ما للرجلِ[2] وما للمرأةِ كيف نُوَرِّثُه؟ فقال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مِن حيثُ يبولُ»[3]. وعن عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: «إنَّ الخُنْثَى يُوَرَّثُ مِن حيثُ يبولُ»[4]. وعن جماعةٍ مِن السلفِ[5] مثلُ ذلك[6].

وأمَّا اعتبارُ السَّبْقِ فلأنَّه[7] يَدُلُّ على أنَّه المَجْرَى[8] الأصليُّ، وأنَّ خُرُوجَه

(١) في (ج): «للولد».

(٢) في (أ٢، ض، ع، ق، ي): «للرجال».

(٣) أخرجه البيهقي (٦/ ٢٦١). وقال في «المعرفة» (٥/ ٧٧): «الكلبي لا يحتج به، ولا بأبي صالح هذا».

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٩٢٠٤)، والبيهقي (٦/ ٢٦١).

(٥) في (ر، س): «الصحابة».

(٦) منهم جابر بن زيد، وسعيد بن المسيب، كما عند البيهقي (٦/ ٢٦١).

(٧) في (ع، ي): «فإنه».

(٨) في (ي) في هذا الموضع والموضعين التاليين: «المخرج».



مِن المَجْرَى الآخرِ إنما هو انصرافٌ عن المَجْرَى الأصليِّ لعارضٍ؛ فلهذا كان اعتبارُ السَّبْقِ دلالةً ظاهرةً على صفةِ الخُنْثَى.

قال: فإن كانا في السَّبْقِ سواءً فلا مُعْتَبَرَ بالكثرةِ عندَ أبي حنيفةَ. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يُنسَبُ إلى أكثرِهما بولًا[1].

أمَّا أبو حنيفةَ فإنَّه شَكَّ في ذلك ولم يعرِفْ حُكْمَه؛ لأنَّ البولَ يَقِلُّ ويَكثُرُ لضيقِ المخرجِ وسَعَتِه، فلم يَدُلَّ على حالِ الخُنْثَى في الأُنوثةِ والذُّكورةِ.

وجهُ قولِهما: أنَّ الكثرةَ تَدُلُّ على المخرجِ الأصليِّ، فوجَب اعتبارُه كالسَّبْقِ.

قال: وإذا بلَغ الخُنْثَى وخرَج له لِحْيَةٌ، أو وصَل إلى النساءِ فهو رجلٌ، وإنْ ظهَر له ثَدْيٌ كثَدْيِ المرأةِ، أو نزَل له لبنٌ في ثَدْيِه، أو حاضَ أو حبِل، أو أمكَن الوصولُ إليه مِن الفَرْجِ[2]، فهو امرأةٌ.

وذلك لأنَّ هذه العلاماتِ التي يختَصُّ بها كلُّ واحدٍ مِن الذكرِ والأنثَى لا يجوزُ اجتماعُها[3]، فإذا وُجِد بعضُها زالَ الإشكالُ، وحُكِم له بما تُوجِبُه العلامةُ مِن الذُّكوريَّةِ والأُنوثيَّةِ.

قال: فإنْ لم تظهَرْ إحدَى هذه العلاماتِ فهو خُنْثَى مُشكِلٌ، إذا قام خلفَ الإمامِ قامَ بينَ صَفِّ الرِّجالِ وصفِّ النساءِ.

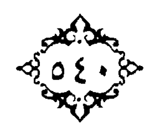
---

(١) في (ي): «الأكثر منهما».

وينظر: «الأصل» (٩/ ٣٢٢)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ١٤٨، ١٤٩)، و«المبسوط» (٣٠/ ١٠٤)، و«الهداية» (٤/ ٢٦٦)، و«العناية» (١٠/ ٥١٦).

(٢) في (ج): «جهة المرأة».

(٣) في (ج، غ، ل): «اجتماعهما».



وذلك لأنَّه لمَّا أُشكِل أمرُه وجَب الأخذُ بالاحتياطِ في أمرِه، فإن كان رجلًا لم يَجُزْ له الوقوفُ في صفِّ النساءِ، ويجوزُ خلفَ صفِّ الرجالِ، وإنْ كان امرأةً لم يَجُزْ وقوفُها في صفِّ الرجالِ، (1ويجوزُ خلفَ صفِّ الرجالِ1)، فكان وقوفُه بينَ الصَّفَيْن جائزًا في جميعِ الأحوالِ، فكان اعتبارُه أولَى.

قال: ويُبْتاعُ له أَمَةٌ تَخْتِنُه إنْ كان له مالٌ؛ فإنْ لم يَكُنْ له مالٌ ابتاعَ له الإمامُ مِن بيتِ المالِ، فإذا خَتَنَتْه باعَها.

وذلك لأنَّه إنْ كان رجلًا لم يَجُزْ للمرأةِ أن تَخْتِنَه، وإنْ كان أُنْثى لم يَجُزْ للرجلِ أن يَخْتِنَها، فكان مِن الاحتياطِ أنْ يَخْتِنَه مِلْكُ يمينِه؛ لأنه جائزٌ على كلِّ حالٍ؛ ألَا ترَى أنَّ الأمةَ يجوزُ لها أن تَنْظُرَ إلى فَرْجِ مَوْلاها، فتُشْتَرَى الأمةُ مِن مالِه، فإنْ لم يَكُنْ له مالٌ فمِن بيتِ المالِ؛ لأنَّه مُعَدٌّ لمصالحِ المسلمين، وفي ذلك مصلحةٌ ولا مَضَرَّةَ على بيتِ المالِ فيه، فجاز ذلك.

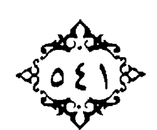
قال: وإنْ ماتَ أبوه وخَلَّفَ ابنًا معه[2] فالمالُ بينَهما عندَ أبي حنيفةَ أثلاثًا[3]؛ للابنِ سَهْمانِ، وللخُنْثَى سهمٌ، وهو أُنثى عندَه في الميراثِ، إلا أن يَثْبُتَ غيرُ ذلك. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: للخُنْثَى نصفُ ميراثِ ذكرٍ ونصفُ ميراثِ أُنْثَى. وهو قولُ الشعبيِّ[4].

(1-1) ليس في (ي).

(2) من (ي).

(3) من (س).

(4) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (4/ 457)، و«المبسوط» (30/ 109)، و«بدائع الصنائع» (7/ 328)، و«الهداية» (4/ 268)، و«تبيين الحقائق» (6/ 216).



وقال الشافعيُّ: أجعَلُ للخُنْثَى أضَرَّ الحالتَيْن[1]، وأُوقِفُ الزِّيادةَ على نصيبِه إلى أن يَتبَيَّنَ أمرُه، أو يَصْطلِحَ هو والوَرَثةُ، فقال في هذه المسألةِ: للخُنْثَى الثُّلُثُ، والابنِ النصفُ، ويُوقَفُ[2] السُّدُسُ[3].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ اسْتِحقاقَ الثُّلُثِ مُتيقَّنٌ[4]، وما زاد على ذلك سببُ اسْتِحقاقِه غيرُ مُتيقَّنٍ وهو الذُّكوريَّةُ، فلا نُوجِبُه بالشَّكِّ، ولأنَّ الابنَ يَسْتحِقُّ جميعَ المالِ؛ وإنما يَسقُطُ بعضُ حقِّه بالمزاحمةِ، وقد تَيَقَّنَّا أنَّ الذي تُزاحِمُه أنثى بالخِلْقةِ، وشَكَكْنا في كونِه ذكرًا، فلم يَجُزْ أن يَسقُطَ بعضُ حقِّه بالشَّكِّ.

وجهُ قولِهما: أنَّ للخُنْثى حالانِ؛ إن كان ذكرًا فله نصيبُ ابنٍ كاملٍ، وإنْ كان أنثى فله نصفُ[5] نصيبِ ابنٍ، وهو لا يَسْتحِقُّ إلا في حالةٍ واحدةٍ، وليس أحدُ الحالَيْن بأولَى مِن الأُخرَى، فجُعِل له نصفُ ما يَسْتحِقُّه في الحالَيْن وهو ثلاثةُ أرباعِ نصيبٍ فيُزاحِمُ الابنَ بذلك، واستدلَّ الشافعيُّ بأنَّه يجوزُ أن يكونَ ذكرًا، ويجوزُ أن يكونَ أنثى، فلا يجوزُ أن يدفعَ إلى شركائِه بالشَّكِّ.

قيل له: وكذلك لا يجوزُ أن يَنقُصَ شركاؤُه بالشَّكِّ، ولأنَّ هذا يَبطُلُ بمَن ماتَ وترَكَ أخًا، ....

---

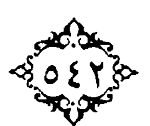
(١) في (ض، ع، غ، ق، ل): «الحالين».

(٢) في (ر، ق): «نصف»، وفي (ج، س، ض، غ، ل): «يقف».

(٣) ينظر: «الأم» (٦/ ١١٢)، و«الحاوي» (٨/ ١٦٩)، و«نهاية المطلب» (٩/ ٣١٧)، و«بحر المذهب» (٧/ ٤٩٢).

(٤) في (ي): «متعين».

(٥) ليس في (ج، غ، ي).



فإنَّه يدفَعُ إليه الميراثَ بعدَ البُلُوغِ[1]، وإنْ جاز أن يكونَ هناك ابنٌ يَحجُبُه إلا أنَّا لا نَحجُبُه مِن غيرِ يقينٍ.

قال: واختَلفا في قياسِ قولِه، يعني: قولَ الشعبيِّ، فقال أبو يوسفَ: المالُ بينَهما على سبعةِ أسهمٍ؛ للابنِ أربعةٌ وللخُنْثَى ثلاثةٌ. وقال محمدٌ: المالُ بينَهما على اثْنَي عَشَرَ سهمًا؛ للابنِ سبعةٌ وللخُنْثَى خمسةٌ[2].

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الخنثَى إن كان ذَكَرًا فله سهمٌ وللابنِ سهمٌ، وإن كان أنثَى فللابنِ سهمٌ وله نصفُ سهمٍ، فللخُنْثَى في الحالَيْن سهمٌ ونصفُ سهمٍ فيُعطَى نصفَ ذلك، وهو ثلاثةُ أرباعِ سهمٍ، ويكونُ للابنِ سهمٌ، فيَقْتسِمون على ذلك، فيكونُ المالُ بينَهم على سبعةٍ: للابنِ أربعةٌ، وللخنثَى ثلاثةٌ.

وجهُ قولِ محمدٍ: أن الخنثَى إن كان ذكرًا فله سهمٌ وللابنِ سهمٌ، وإن كان أنثَى فله ثُلُثا سهمٍ وللابنِ سهمٌ وثلثُ سهمٍ؛ وإنما يَستحِقُّ في حالةٍ واحدةٍ، فيكونُ له نصفُ ما يَستحِقُّه في الحالَيْن، وهو خمسةُ أسداسِ سهمٍ، فقد انكسَر السهمُ بالأسداسِ، فصار كلُّ سهمٍ ستةً، ويكونُ جميعُ المالِ اثنَيْ[3] عَشَرَ سهمًا؛ للخُنْثَى خمسةٌ وللابنِ سبعةٌ، وإن شئتَ قلتَ: أربعةٌ للخُنْثَى مِن اثْنَي عَشَرَ مُتيَقَّنةٌ، وما بينَهما[4] وبينَ ستةٍ مشكوكٌ فيه وهو سهمانِ، فيَثبُتُ نصفُ ذلك، ويَسقُطُ

---

(١) في (ج، ع، غ، ل): «تلوم»، وفي (س، ق): «التلوم».

(٢) ينظر: «الأصل» (٩/ ٣٣٦)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ١٤٧)، و«المبسوط» (٣٠/ ٩٤)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٥٩)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ٣٢٩)، و«تبيين الحقائق» (٦/ ٢١٧).

(٣) في (أ٢، ج، ض، ق، ي): «اثنا».

(٤) في (ر، ض): «بينها».

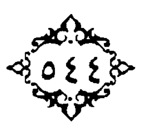


النصفُ، وللابنِ ستةٌ مُتيقَّنةٌ مِن اثْنَي عَشَرَ، وما بينَهما[1] وبينَ الثمانيةِ مشكوكٌ فيه[2] وهو سَهْمانِ، فيَثبُتُ نصفُه ويَبطُلُ نصفُه.

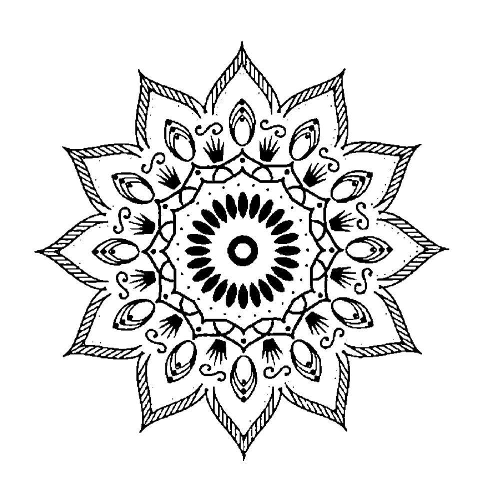
والله أعلم

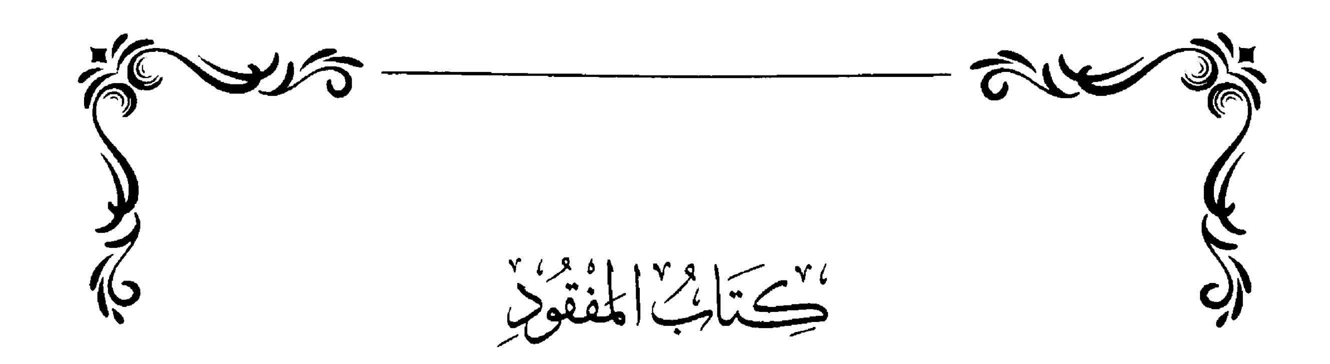
(١) في (ر، ض): «بينها».

(٢) من (ج، ر، س، غ، ل).



كِتَابُ المفْقُودِ





كتاب المفقود

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: إذا غابَ الرجلُ فلم يُعرَفْ له موضعٌ[1]، ولا يُعلَمُ أحيٌّ هو أم مَيِّتٌ؟ نصَبَ القاضي مَن يحفَظُ مالَه ويقومُ عليه ويَسْتوفِي حقوقَه.

وذلك لأنَّ الغائبَ عاجزٌ عن حفظِ ما غابَ عنه مِن أموالِه، وللقاضي ولايةٌ على العاجزِ فيما عجَزَ عنه.

الدليلُ عليه: الصبيُّ والمجنونُ؛ فلهذا كان للقاضي أن يَنصِبَ مَن يحفظُ مالَ المفقودِ، ويَسْتوفِيَ حقوقَه لعجزِه عن ذلك.

قال: ويُنفَقُ على زوجتِه وأولادِه مِن مالِه.

وذلك لأنَّ للزوجةِ وللأولادِ أخذَ النفقةِ مِن مالِه مِن غيرِ قضاءٍ؛ الدليلُ عليه: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لهندٍ: «خُذي مِن مالِ أبي سفيانَ ما يَكْفِيكِ وولدَكِ[2] بالمعروفِ». وإذا كان لهم أخذُها بغيرِ قضاءٍ، كان للقاضي أن يأذَنَ في الأخذِ.

فأمَّا غيرُ هؤلاءِ مِن الأقاربِ فليس لهم أخذُ النَّفَقةِ مِن مالِ الغائبِ بغيرِ قضاءٍ، فكذلك لا يقضِي القاضي لهم بها؛ لأنَّ فيه قضاءً على الغائبِ، وذلك

---

(١) في (ج): «خبر».

(٢) في (أ٢، ج، ر، س، ض): «ولولدك».

والحديث أخرجه البخاري (٢٢١١)، مسلم (١٧١٤/ ٧) من حديث عائشة.



لا يجوزُ، وهذا الذي ذكره إنما يَصِحُّ إذا كان (١ مالُ المفقودِ ١) دراهمَ أو دنانيرَ، فإنْ كان له عُرُوضٌ فإنَّ القاضيَ لا يَبِيعُ شيئًا مِن ذلك لأجلِ النَّفَقةِ إلا ما يُخشَى عليه الفسادُ مِن ذلك؛ لأنَّ في بيعِه حفظَ مالِ الغائبِ، وللقاضي ولايةٌ في[٢] الحفظِ فجاز البيعُ لأجلِ ذلك، فإذا باعَه صار الثمنُ مِن جنسِ حقِّهم، فجاز له[٣] الإنفاقُ عليهم منه؛ فأمَّا ما لا يُخشَى عليه الفسادُ مِن مالِه فإنَّه لا يَبِيعُه؛ لأنَّ في بيعِه قضاءً على الغائبِ، وذلك لا يجوزُ.

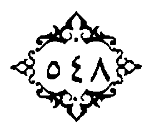
وإن كان له دَيْنٌ على رجلٍ أو وديعةٌ في يدِه وهو مُقِرٌّ بذلك ومُقِرٌّ للمرأةِ بالزوجيَّةِ أنفَق عليهم منه استِحسانًا.

وجهُ القياسِ: أنَّ القاضيَ له ولايةٌ في حفظِ مالِه، والمفقودُ قد رضِي بحفظِ المُودَعِ، فلم يَكُنْ للقاضِي انتزاعُه مِن يدِه، وكذلك ذِمَّةُ الغريمِ موضعٌ لحفظِ مالِ المفقودِ، فلم يَكُنْ للقاضِي ولايةٌ في ذلك في هذه الحالِ لوجودِ الحفظِ، وإذا كان كذلك لم يَجُزْ له الإنفاقُ عليهم منه.

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ المُودَعَ والغريمَ لمَّا أقرَّا بالمالِ وبالزوجيَّةِ فقد أقرَّا أن للزوجةِ والأولادِ حقًّا فيما في يدِهما، ومَن اعترَف لغيرِه بحقٍّ في المالِ الذي في يدِه أُمِر بدفعِه إليه.

فإنْ جحَد الغريمُ المالَ أو جحَد الزوجيَّةَ فلا خصومةَ بينَهما؛ لأنَّ الزوجةَ ليسَتْ بوكيلٍ عن الغائبِ في إثباتِ المالِ ولا قائمةٍ مقامَه في إثباتِ حقوقِه،

(١-١) في (أ٢، ق، ي): «للمفقود». (٢) ليس في (ق، ي)، وفي (س، ل): «على».
(٣) ليس في (ي).



ولا[1] الغريمُ خَصْمًا عن الزوجِ في إثباتِ الزوجيَّةِ فلم يَكُنْ خَصْمًا للغريمِ، فلم يَجُزْ أخذُ المالِ مِن يدِه ولا إلزامُه ما لم يلتزِمْه.

وإنْ أعطَاهم الغريمُ أو المُودَعُ بغيرِ أمرِ القاضي كان مُتبرِّعًا فيما دفَع؛ لأنه دفَع مِن غيرِ إذنٍ ولا ولايةٍ، فكان المدفوعُ مِن مالِه دونَ مالِ صاحبِ الدَّينِ، أصلُه إذا تصدَّق به.

قال: ولا يُفرَّقُ بينَه وبينَ امرأتِه.

والأصلُ في ذلك ما روِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّه قال في امرأةِ المفقودِ: «هي امرأةٌ ابْتُلِيتْ فلتَصْبِرْ حتى تَسْتيقِنَ[2] بموتٍ أو طلاقٍ»[3]. ولأنَّ الغَيْبةَ لا تقعُ بها الفرقةُ، وليس للقاضي التفريقُ بينَهما إلا بسببٍ يُوجِبُ الفُرْقةَ ولم يُوجَدْ ذلك، والذي روِي عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّه قال: «إذا مَضَتْ أربعُ سنينَ فُرِّقَ بينَهما»[4]. فقد روِي أنَّه رجَع عنه[5].

وقد روِي عن عليٍّ: «أنَّه قال في المرأةِ يُنْعَى إليها زوجُها[6] فتَتزوَّجُ، ثُمَّ يَقْدَمُ: إنَّها تُرَدُّ إلى زوجِها الأولِ، ويُفرَّقُ بينَها وبينَ الثاني، ولها المهرُ عليه بما

(١) في (غ، ل): «لأن».

(٢) في (أ): «تستبين»، وفي (ع، ي): «تستقر».

(٣) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٢٣٣٠)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٦٩٧٤).

(٤) أخرجه مالك (٢/ ٥٧٥)، وعبد الرزاق (١٣٠٨٨، ١٣٠٨٩)، وابن أبي شيبة (١٦٩٨٢، ١٦٩٨٣، ١٦٩٨٥)، وصحَّحه ابن الملقن في «البدر المنير» (٨/ ٢٢٨).

(٥) ذكره محمد بن الحسن في «الحجة على أهل المدينة» (٣/ ١٨٦-١٩٠) مطولًا، وهو جزء من أثر ابن أبي ليلى الآتي ذكره. وقال الحافظ في «الدراية» (٢/ ١٤٣): «لم أره».

(٦) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٠٦): «نعى الناعي الميت: أخبر بموته».



استحَلَّ مِن فرجِها، ولا يَقرَبْها الأولُ حتى تَنقضِيَ عِدَّتُها مِن الآخرِ»[1]. وهذا الذي ذكره هو مذهبُنا.

وقد روِي عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أنَّ زوجَها الأولَ بالخيارِ؛ إن شاء أخَذ مهرَها وترَكها عندَ الآخرِ، وإن شاء أخَذ امرأتَه»[2]. وقال إبراهيمُ النَّخَعيُّ: «قولُ عليٍّ أحَبُّ إلينا»[3].

وقد روِي عن عبدِ الرحمنِ بنِ أبي ليلى: «أنَّ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ رجَع عن ثلاثِ قَضِيَّاتٍ إلى قولِ عليٍّ؛ في المرأةِ التي تزوَّجتْ في عِدَّتِها، وفي المفقودِ زوجُها، وفي امرأةِ [4]أبي كَنَفٍ[4]».

قال: فإذا تمَّ له مئةٌ وعشرونَ سنةً مِن يومِ وُلِد حكَمْنا بموتِه، واعتَدَّتِ امرأتُه، وقُسِم مالُه بينَ وَرَثتِه الموجودِين في ذلك الوقتِ.

---

(١) أخرجه أبو يوسف في «الآثار» (٦٠٦).

(٢) عبد الرزاق (١٢٣١٧)، وسعيد بن منصور في «سننه» (١٧٥٥).

(٣) أخرجه أبو يوسف في «الآثار» (ص ١٣٢).

(٤-٤) ليس في: (ج، ل)، وفي (أ٢، ر، ق، ي): «أبي كنيف»، وفي (غ): «العنين». وأبو كنف العبدي تابعي كبير سمع من عثمان، وابن مسعود، وأبي سعيد الخدري، وأبي هريرة، وسمع منه: الشعبي، وعبد اللَّه بن مرة. ينظر: «طبقات ابن سعد» (٦/ ٢٠١)، و«التاريخ الكبير» (٩/ ٦٥)، و«الجرح والتعديل» (٩/ ٤٣١)، و«تاريخ الإسلام» (٢/ ٩٠٠).

والأثر أخرجه محمد بن الحسن في «الأصل» (٩/ ٣٥١، ٣٥٢) من طريق أبي يوسف، عن ابن أبي ليلى، عن عيسى بن عبد الرحمن، عن عبد الرحمن بن أبي ليلى به مطولًا بالقصص الثلاث، وفي «الحجة على أهل المدينة» (٣/ ١٨٨) من طريق الحسن بن عمارة، عن الحكم ابن عتيبة، عن مجاهد به مختصرًا، كما ذكره المصنف. وينظر: «المبسوط» (١١/ ٣٧، ٣٨).

وهذا الذي ذكَره رواية[1] الحسنِ، عن أبي حنيفةَ[2]، وذكَر محمدٌ في «الأصلِ»، فقال: وإذا فُقِد[3] الرجلُ بصِفِّينَ أو بالجملِ، ثُمَّ اختَصم وَرَثتُه في مالِه اليومَ، فإنَّ هذا قد ماتَ؛ ألَا ترَى أنَّه لم يَبْقَ أحدٌ أدرَكَ ذلك الزمانَ، والشاهدُ دليلٌ على الغائبِ، وليس هذا باختلافٍ[4].

وجهُ ما رواه الحسنُ: أنَّ الأصلَ فيه الحياةُ، فلا يُحكَمُ بموتِه إلا بالعلمِ أو ما يقومُ مقامَه، فإذا مضَى مِن عُمُرِه مئةٌ وعشرونَ سنةً، فالظاهرُ أنَّه قد ماتَ، (5)والذي ذكره محمدٌ قريبٌ مِن ذلك، فإذا مَضَتْ هذه المُدَّةُ صار كأنَّه ماتَ(5) في ذلك الوقتِ، فتُعتبَرُ الأحكامُ المُتعلِّقةُ بالموتِ مِن ذلك الوقتِ.

قال: ومَن ماتَ[6] قبلَ ذلك لم يَرِثْ[7] منه.

وذلك لأنه ماتَ قبلَ الحكمِ بموتِ المفقودِ، فصار كموتِه مع العلمِ بحياةِ المفقودِ، فلا يَرِثُ[8] إذا ماتَ المفقودُ.

قال: ولا يَرِثُ المفقودُ مِن أحدٍ ماتَ في حالِ فَقْدِه.

---

(١) في (ج، ر، غ، ل): «رواه».

(٢) ينظر: «المبسوط» (٣٠/ ٥٤)، و«الهداية» (٢/ ١٨٢)، و«العناية» (٦/ ١٤٧).

(٣) في (ي): «غاب».

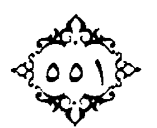
(٤) ينظر: «الأصل» (٩/ ٣٥٦، ٣٥٧)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٧).

(٥-٥) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٦) بعده في (ج): «منهم».

(٧) في (ج): «يورث».

(٨) بعده في (ي): «إلا».



وذلك لأنَّ الميراثَ يُسْتحَقُّ بسببٍ حادثٍ، ولم يُعلَمْ وُجُوبُ حقٍّ لغيرِه في مالِه إلى هذه المُدَّةِ، ولا يُعلَمُ وجوبُ اسْتِحقاقِه في مالِ غيرِه، فأمسَكْنا عن إيجابِه ما لم يُعْلَمْ، وترَكْنا كلَّ واحدٍ مِن المالَيْن لأهلِه، كما قلنا في ميراثِ الغَرْقَى.

وقد قال أصحابُنا: إنَّ المفقودَ حيٌّ في مالِه مَيِّتٌ في مالِ غيرِه[1].

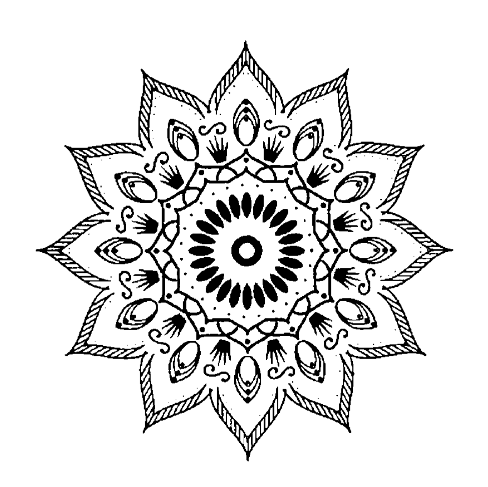
وهو صحيحٌ؛ لأنَّ الأصلَ حياتُه، فلا يُنقَلُ مِلْكُه للمالِ مِن غيرِ علمٍ بموتِه، وفي توريثِه إيجابُ مِلْكٍ له مُستأنَفٌ، ولا يُعلَمُ في هذه الحالِ أنَّه يَصِحُّ منه التَّمْليكُ، فلا يَثْبُتُ ذلك بالشَّكِّ.

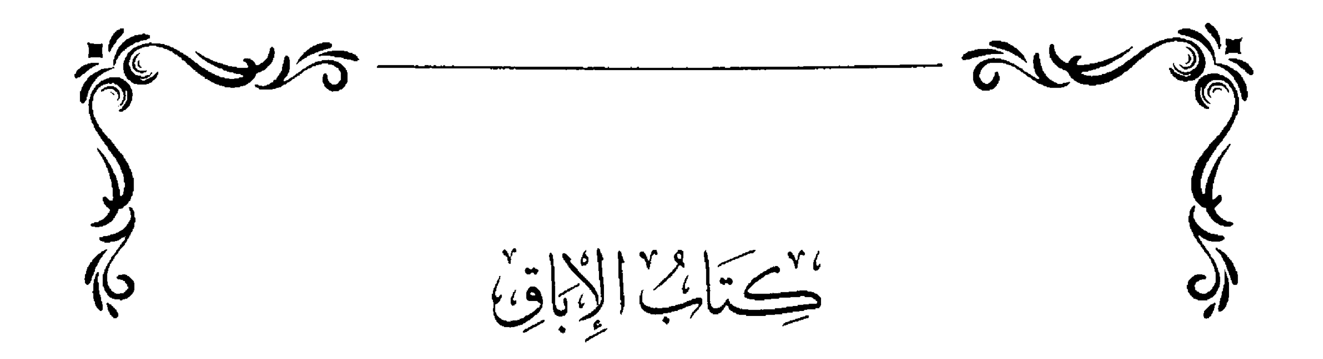
والله أعلم

(١) ينظر: «المبسوط» (١١/ ٣٤)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٦)، و«المحيط البرهاني» (٥/ ٤٥٥).



كِتَابُ الإِبَاقِ





كتاب الإباق

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا أبَق مملوكٌ فرَدَّه رجلٌ على مَوْلاه مِن مسيرةِ ثلاثةِ أيامٍ فصاعدًا فله عليه جُعْلُ أربعونَ[1] درهمًا، وإنْ رَدَّه مِن أقلَّ مِن ذلك فبِحِسابِه.

وهذا الذي ذكَره اسْتِحسانٌ[2]، والقياسُ: أن لا شيءَ له كمَن [3]رَدَّ بهيمةً[3].

وقال الشافعيُّ: إن شرَط له اسْتَحَقَّ ما شرَط، وإن لم يَشْرُطْ له شيئًا فلا شيءَ له[4].

وجهُ الاستحسانِ: ما روَى عمرُو بنُ دينارٍ: «أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعَل لمَن رَدَّ آبِقًا مِن مسيرةِ ثلاثةِ أيامٍ ولياليها أربعينَ درهمًا»[5]، وعن ابنِ مسعودٍ[6]

---

(١) في (س): «أربعين».

(٢) في (ع): «استحسانًا».

(٣-٣) في (ي): «تهمة». وينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٤/ ٣٥٢)، و«المبسوط» (١١/ ٣٠)، و«الهداية» (٢/ ١٧٨، ١٧٩).

(٤) ينظر: «الأم» (٥/ ١٤٤)، و«الأوسط» (١١/ ٢٢٦، ٢٢٧)، و«الحاوي» (٨/ ٣٢).

(٥) أخرجه عبد الرزاق (١٥٧٢٧)، وابن أبي شيبة (٢٢٣٧٠، ٢٢٣٨١)، والبيهقي (٦/ ٢٠٠) بلفظ: «ما زلنا نسمع أن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قضى في العبد الآبق يوجد خارجًا من الحرم دينارًا أو عشرة دراهم». وقال البيهقي: «منقطع». وأما ذكر الأربعين درهمًا فليس في حديثه. وينظر: «نصب الراية» (٣/ ٤٧٠).

(٦) في (ي): «أبي مسعود».

قال في الآبقِ: «إذا أُخِذ في المصرِ عشرةُ دراهمَ، وإذا أُخِذ خارجَ المصرِ أربعونَ درهمًا»[1]. وعن عليٍّ، وعمارِ بنِ ياسرٍ: وُجُوبُ الجُعْلِ[2].

فاتَّفَقُوا على وُجُوبِه، وإن اختَلفوا في قَدْرِه، ومَن رُوِي (٣عنه منهم٣) أقلُّ مِن أربعينَ فهو محمولٌ عليه إذا رَدَّه مِن مَسِيرةٍ أقلَّ مِن ثلاثةِ أيامٍ.

فإن قيل: ما لا يجِبُ في رَدِّ البهائمِ الضَوالِّ لا يجِبُ في رَدِّ العبدِ الآبقِ، أصلُه ما زادَ على الأربعينَ.

(٥قيل له: ما زادَ على الأربعينَ لم يُختلَفْ فيه[4] أنَّه لا يجِبُ في رَدِّ الآبقِ فلم يَجُزْ إيجابُه، والأربعونَ مِقْدارٌ اختُلِف٥) في وُجُوبِه، فجاز أن يَتعلَّقَ (٦به الاستحقاقُ كالمالِ المشروطِ على وجهِ الجعالةِ؛ لمَّا اختُلِف في وُجُوبِه جاز أن يَتعلَّقَ٦) الاستحقاقُ بشيءٍ منه.

قال: وإنْ كانَتْ قيمتُه أقلَّ مِن أربعينَ قُضِي له بقيمتِه إلا درهمًا[7].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٥٧٣١)، وابن أبي شيبة (٢٢٣٧١)، والبيهقي (٦/ ٢٠٠).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٥٧٣٣)، وابن أبي شيبة (٢٢٣٧٣)، والبيهقي (٦/ ٢٠٠) عن علي. وأما حديث عمار بن ياسر فلم أهتدِ إليه.

(٣-٣) في (أ٢، ي): «عنهم»، وفي (س): «عنهم منهم».

(٤) من (ج، غ، ل).

(٥-٥) ما بين القوسين في (ي): «لم يختلف».

(٦-٦) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٧) قال في حاشية (ح): «وذكر في الهداية والمنظومة الخلاف بين أبي يوسف ومحمد، ولا قول لأبي حنيفة، وقال مصنف المجمع في شرحه المذكور في مختصر القدوري قول محمد».



وهـذا الـذي ذكَـره قولُ أبي حنيفـةَ، ومحمدٍ. وقال أبو يوسـفَ: لـه أربعونَ بكلِّ حالٍ[1].

وجهُ قولِهما: أنَّ الجُعْلَ إنما وجَب ترْغيبًا في رَدِّ الإباقِ وما يُؤَدِّي إلى حفظِ العبدِ[2]، فإذا استغرَق الجُعْلُ القيمةَ لم يَكُنْ للمَوْلى فائدةٌ، (3فلا يُوجَدُ الحفظُ الذي هو المقصودُ فيجِبُ أن يَنقُصَ مِن ذلك ليَبْقَى للمَوْلى فائدةٌ3).

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ السَّلَفَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أوجَبوا الجُعْلَ، ولم يَعْتَبِروا الفرقَ[4] بينَ قليلِ القيمةِ وكثيرِها.

قال: وإنْ أبَقَ مِن الذي رَدَّه فلا شيءَ له.

وذلك لأنَّ الجُعْلَ يَسْتحِقُّ بالرَّدِّ إلى المَوْلى، ولم يُوجَدْ ذلك.

قال: وينبغِي أن يُشْهِدَ إذا أخَذه أنَّه أخَذه ليَرُدَّه.

وذلك لأنَّ أخذَ مالِ الغيرِ بغيرِ إذنِه يُوجِبُ الضَّمانَ، ومَن أخَذ شيئًا فالظاهرُ أنَّه يأخُذُه لنفسِه، فيجِبُ أن يُشهِدَ أنَّه يأخُذُه ليَرُدَّه؛ ليَسقُطَ عنه الضمانُ.

قال: فإن كان رَهْنًا فالجُعْلُ على المُرْتهِنِ.

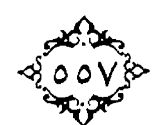
---

(١) ينظر: «الأصل» (٩/ ٣٨٠)، و«النتف» (٢/ ٥٩٣، ٥٩٤)، و«المبسوط» (١١/ ٣٢)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٣٥٦)، و«الهداية» (٢/ ١٧٩)، «تبيين الحقائق» (٢/ ٣٠٨).

(٢) في (أ٢، س، ض، ق): «العبيد».

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (ع).

(٤) في (أ٢، ي): «ولم يفرقوا».



وذلك لأنَّ إباقَه في يدِ المُرتَهِنِ بمنزلةِ الهلاكِ، ويَسقُطُ به دَيْنُه، (1) وفي رَدِّه (1) عَوْدُ دَيْنِه وتَبْقيتُه (2) في الرهنِ، فكانتِ الفائدةُ (3) في الرَّدِّ للمُرْتهِنِ (3)، (4) فكان الجُعْلُ عليه (4)، أصلُه ما يلزَمُه مِن النَّفَقةِ على حفظِه.

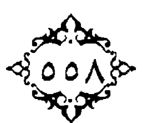
والله أعلم

(1-1) في (ي): «من هاهنا وفي رواية».

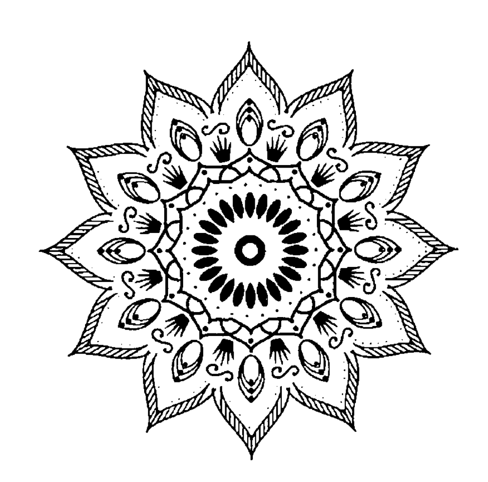
(2) في (ج، غ، ل): «ووثيقته»، وفي (ق، ض) غير منقوطة.

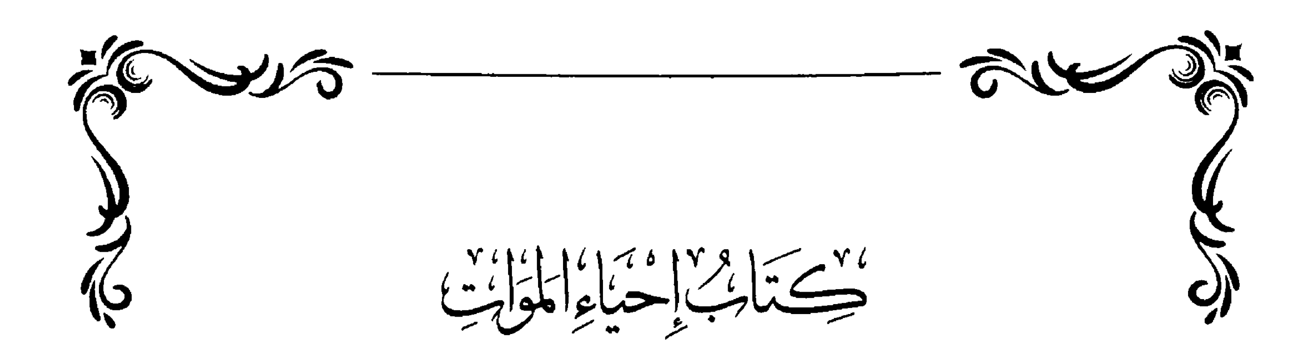
(3-3) في (ر): «له».

(4-4) ليس في (ي).



كِتَابُ إِحْيَاءِ المَوَاتِ





كتاب إحياء الموات

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: المَوَاتُ ما لا يُنتفَعُ به مِن الأرضِ لانقطاعِ الماءِ عنه أو لغلبةِ الماءِ عليه، و[1]ما أشبَه ذلك مما يمنَعُ الزِّراعةَ.

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ، وإنما سُمِّيتْ مَوَاتًا لبُطْلانِ الانتفاعِ [2]بها؛ تَشْبيهًا بالحيوانِ إذا ماتَ فبطَل الانتفاعُ[2] به، وكلُّ ما بطَل الانتفاعُ به مِن الأرضِ فهو مَوَاتٌ.

قال: فما كان منها عادِيًّا لا مالكَ له، أو كان مملوكًا في الإسلامِ لا يُعرَفُ له مالكٌ بعينِه، وهو بعيدٌ مِن القريةِ، إذا وقَف إنسانٌ في أقصَى العامرِ، فصاحَ لم يُسمَعِ الصوتُ فيه فهو مَوَاتٌ، مَن أَحْياه بإذنِ الإمامِ ملكه، وإنْ أَحْياه بغيرِ إذنِه لم يملِكْه عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يملِكُه[3].

وهذه الجملةُ تشتمِلُ على مسائلَ؛ منها: أنَّ المَوَاتَ إذا كان عليه أثرُ العمارةِ ولا يُعرَفُ له مُسْتحِقٌّ بعينِه يجوزُ إحياؤُه.

وقال الشافعيُّ: إنْ كان مِن أملاكِ المسلمين لم يُملَكْ بالإحياءِ، وإنْ كان

---

(١) في (نسخة مختصر القدوري): «أو».

(٢-٢) ليس في (ي).

(٣) ينظر: «الأصل» (٨/ ١٥٩)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٤٤٤)، و«المبسوط» (٣/ ١٦)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٢، ١٩٤)، و«الهداية» (٤/ ٣٨٣).



مِن أملاكِ الكفارِ ففيه وَجْهانِ: أحدُهما: يُملَكُ بالإحياءِ. والآخرُ: يُملَكُ على وجهِ الغنيمةِ بتمليكِ الإمامِ لا بالإحياءِ[1].

دليلُنا: قولُه صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن أَحْيا أرضًا مَيِّتَةً فهي له»[2]. واسمُ المَيِّتةِ أخصُّ بما تَقدَّمَتْ[3] عمارتُه، كما أنَّ المَيِّتَ اسمٌ لِما سبَق الحياةُ فيه، ولأنَّه مَوَاتٌ لا يُعرَفُ له مُسْتحِقٌّ، فجاز أن يُملَكَ، أصلُه الأرضُ العاديَّةُ.

فإن قيل: في حديثِ عائشةَ، أنَّ النبيَّ صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَن أَحْيا أرضًا مَيِّتةً ليسَتْ لأحدٍ فهو أحقُّ بها»[4].

قيل له: هذه الزيادةُ لا تُعرَفُ، على أنَّه لو ثبَت لم يَكُنْ فيه دليلٌ؛ لأنَّه لا يُقالُ: إنَّها لأحدٍ. إلا ما ثبَت فيه حقٌّ لمُعَيَّنٍ، وما لا يَثبُتُ فيه حقٌّ لمُعَيَّنٍ لا يُضافُ إلى أحدٍ، وإنما هو حقٌّ للجماعةِ.

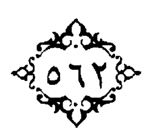
---

(١) ينظر: «الأم» (٤/ ٤٢)، و«الحاوي» (٧/ ٤٧٧)، و«نهاية المطلب» (٨/ ٢٨٢، ٢٨٨)، «بحر المذهب» (٧/ ٢٨٢).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٠٧٣)، والترمذي (١٣٧٨)، والنسائي في «الكبرى» (٥٧٢٩) من طريق أيوب، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن سعيد بن زيد. وقال الترمذي: «هذا حديث حسن غريب، وقد رواه بعضهم عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن النبي صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرسلًا».
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٠٧): «ميِّتة بكسر الياء آخر الحروف مشددة، ويروى بسكونها».

(٣) في (ي): «نقل من».

(٤) اللفظ للنسائي في «الكبرى» (٥٧٢٧)، وقد أخرج البخاري (٢٣٣٥) من حديث عائشة، أن النبيَّ صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَنْ أَعْمَرَ أَرْضًا لَيْسَتْ لِأَحَدٍ فَهُوَ أَحَقُّ». قال عُرْوَةُ: «قَضَى بِهِ عُمَرُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فِي خِلَافَتِهِ».



فإن قيل: أرضٌ جرَى عليها مِلْكٌ فلا تُملَكُ بالإحياءِ، أصلُه إذا كان مالِكُها معروفًا[1].

قيل له: نقولُ بمُوجِبِه؛ لأنَّها تُملَكُ عندَنا بإذنِ الإمامِ لا بالإحياءِ، والمعنى في الأصلِ: أنَّ المُسْتحِقَّ [2]مُعيَّنٌ، فلا يَنفُذُ تصرُّفُ الإمامِ عليه[2] إلا بسببٍ يَقْتضِي الولايةَ، وفي مسألتِنا المالكُ غيرُ مُعيَّنٍ، فجاز تَصرُّفُ الإمامِ في المالِ كاللُّقطةِ.

ومنها: أنَّ ما قَرُبَ مِن العامرِ لا يجوزُ إحياؤُه.

وقال أبو يوسفَ: هو الذي إذا وقَف رجلٌ في أَدْناه، فنادَى عليه[3] بأعلَى صوتِه لم يَسمَعْه أقربُ مَن في العامرِ إليه[4].

وقال الشافعيُّ: ما قَرُبَ مِن العامرِ يُملَكُ بالإحياءِ إلا ما لا بُدَّ للعامرِ منه وهو فناءُ العامرِ، وحقوقُه كالطريقِ ومَجْرَى الماءِ ومَسِيلِه ونحوِ ذلك[5].

لنا: أنَّ ما يَبْلُغُه الصوتُ [6]لا يجوزُ الإذنُ[6] في إحيائِه، أصلُه ما لا بُدَّ للعامرِ منه.

فإن قيل: روِي: «أنَّ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أقطَع العقيقَ وهو بينَ البساتينِ»[7].

---

(١) في (أ٢، ي): «معروف».

(٢-٢) في (ي): «لا ينقل تصرف الإمام عنه».

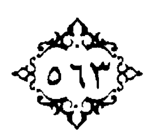
(٣) من (ي).

(٤) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ٥١٩)، و«النتف» (٢/ ٦٢٧)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ١٩٤)، و«تبيين الحقائق» (٦/ ٣٥).

(٥) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٤٨٠)، و«بحر المذهب» (٧/ ٢٨٥)، و«البيان» (٧/ ٤٧٧، ٤٧٨).

(٦-٦) في (ي): «ألا يأذن».

(٧) أخرجه الشافعي في «مسنده» (ص ٣٨١)، وابن أبي شيبة (٣٣٦٩٦) من طريق هشام بن عروة، عن أبيه به.



قيل له: هو اليومُ كذلك، ويجوزُ أن يكونَ في ذلك الوقتِ كان غيرَ مُتَّصِلٍ بالعامرِ، ويجوزُ أنَّه أقطَعه لمَن يَلِي بستانَه، فلا يَسْتضِرُّ به أحدٌ.

فإن قيل: مَوَاتٌ لم يُملَكْ لا يَتعلَّقُ بمصلحةِ مملوكٍ، (1فجاز أن يُملَكَ بالإحياءِ، أصلُه المَوَاتُ البعيدُ.

قيل له: لو كان لا يَتعلَّقُ بمصلحةِ1) أحدٍ جاز الإذنُ في إحيائِه؛ وإنما مُنِع مما يحتاجُ إليه أهلُ القريةِ لمَرْعَى مَوَاشِيهم ومَطَارِحِ غَلَّاتِهم، وإخراجِ فاضلِ مِياهِهم، وفي تمليكِ ذلك تَضْيِيقٌ عليهم وإلحاقُ ضَرَرٍ بهم.

ومنها: أنَّه لا يُملَكُ بالإحياءِ إلا أن يكونَ بإذنِ الإمامِ عندَ أبي حنيفةَ[2].

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يُملَكُ بنفسِ الإحياءِ. وبه قال الشافعيُّ[3].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: ما روَى معاذُ بنُ جبلٍ أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «ليس للمرءِ إلا ما طابَتْ به نفسُ إمامِه»[4]. ولأنَّ ما تعلَّق به حقُّ جماعةِ المسلمين لا يختَصُّ به واحدٌ دونَ غيرِه إلا بإذنِ الإمامِ، أصلُه مالُ بيتِ المالِ.

(1-1) ما بين القوسين ليس في (ي).

(2) ينظر: «المبسوط» (23/ 168)، و«بدائع الصنائع» (6/ 194)، و«فتاوى قاضي خان» (3/ 113).

(3) ينظر: «الحاوي» (7/ 498)، و«المهذب» (2/ 297).

(4) أخرجه الطبراني في «الكبير» (4/ 20) (3533)، و«الأوسط» (6732) من طريق عمرو بن واقد، عن موسى بن سيار، عن مكحول، عن جنادة. قال الطبراني: «لم يرو هذا الحديث عن مكحول إلا موسى بن يسار، تفرَّد به عمرو بن واقد، ولا يروى عن معاذ وحبيب بن مسلمة إلا بهذا الإسناد». وقال البيهقي في «المعرفة» (4/ 521): «وهذا منقطع بين مكحول ومن فوقه، وراويه عن مكحول مجهول، ولا حجة في مثل هذا الإسناد».

وجهُ قولِهما: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَن أَحْيا أرضًا مَيِّتةً فهي له».

الجوابُ: إنَّ الإحياءَ في اللغةِ هو العمارةُ، وذلك مما لا يُملَكُ به باتِّفاقٍ، ولا بُدَّ مِن اعتبارِ شرائطَ[1] عندَنا؛ إذنُ الإمامِ وانتفاءُ حقِّ المُستحِقِّ[2] فيها، وعندَهم لا بُدَّ مِن انتفاءِ الحقوقِ عنها، فصار الاسمُ شرعيًّا[3]، فلا يَثبُتُ إلا في موضعٍ دلَّ الشرعُ عليه، ولأنَّا قد اتَّفَقْنا أنَّ المرادَ به: مَن أَحْيا أرضًا لا حقَّ فيها لأحدٍ، ولو صَرَّح بهذا لم يَسْلَمْ[4] لمُخالِفِنا[5] ذلك في أراضي دارِ الإسلامِ؛ لأنَّ حقَّ جماعةِ المسلمين يَتعلَّقُ بها كما يَتعلَّقُ بمالِ بيتِ المالِ.

فإن قيل: عينٌ مُباحَةٌ فلا يَفْتقِرُ تملُّكُها إلى إذنِ الإمامِ كالحشيشِ والصيدِ.

قيل له: لا نُسلِّمُ أنَّ المواتَ مُباحٌ، بل حقُّ جميعِ المسلمين مُتعلِّقٌ به، وإن لم يَتعيَّنْ مِلْكُ أحدٍ فيه فهو كمالِ بيتِ المالِ، وكمالِ الغنيمةِ قبلَ القسمةِ، والمعنى في الصيدِ والحشيشِ أنَّ الإمامَ لا يملِكُ أن يُفرِدَ به واحدًا مِن الناسِ، فلم يَقِفْ تملُّكُه على إذنِه، ولمَّا ملَك[6] أن يُفرِدَ بالمواتِ واحدًا دونَ واحدٍ وقَف[7] الانفرادُ به على إذنِه.

---

(١) في (ي): «وشرائطه».

(٢) في (ي): «المستحقين».

(٣) في (ج): «الشرعي»، وفي (س، ع): «شرعي».

(٤) في (ج، س): «نسلم».

(٥) في (س): «لمخالفتنا».

(٦) في (أ٢): «فلم يملك»، وفي (ض): «ولم يملك».

(٧) في (ي): «فيتوقف».

قال: ويَملِكُ الذِّمِّيُّ بالإحياءِ كما يملِكُ المسلمُ.

وليس للشافعيِّ في ذلك نصٌّ، ومِن أصحابِه مَن قال: لا يجوزُ[1].

دليلُنا: ما روِي في حديثِ عائشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «البلادُ بلادُ اللَّهِ، والعبادُ عبادُ اللَّهِ، فمَن أَحْيا مِن المَواتِ أرضًا فهي له»[2].

ولأنَّ كلَّ سببٍ يملِكُ به المسلمُ أرضًا يجوزُ أن يملِكَ به الذِّمِّيُّ أرضًا[3] في دارِ الإسلامِ، أصلُه الميراثُ والشُّفعةُ.

فإن قيل: روِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «مَوَتانِ[4] الأرضِ للَّهِ ولرسولِه، ثُمَّ هي لكم مِنِّي»[5].

---

(١) بعده في (ج): «ذلك».

وينظر: «الحاوي» (٧/ ٤٧٦، ٤٧٧)، و«بحر المذهب» (٧/ ٢٨١)، و«حلية العلماء» (٧/ ٤٩٧).

(٢) أخرجه الطيالسي (١٥٤٣)، ومن طريقه الدارقطني (٤٥٠٦)، والبيهقي (٦/ ١٤٢) عن زمعة بن صالح، عن الزهري، عن عروة عن عائشة. قال السخاوي في «المقاصد الحسنة» (ص٥٦٢): «وفي سنده زمعة بن صالح، وهو ضعيف». وتقدَّم حديث عائشة في «الصحيح» بغير هذا اللفظ.

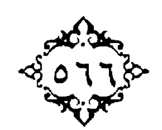
(٣) في (ي): «أيضًا».

(٤) في (ر): «موتات».

والمَواتُ من الأرض: مثل المَوَتانِ، يعني: مَواتَها الذي ليس مِلْكًا لأحدٍ، والمَوَتانُ: ضدُّ الحيوان. ينظر: «لسان العرب» (٢/ ٩٣) (م و ت).

وقال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٠٧): «مَوَتَان: فيه لغتان سكون الواو، وفتحها مع فتح الميم، والمراد به الموات».

(٥) أخرجه البيهقي (٦/ ١٤٣) وقد اضطرب فيه اضطرابًا كثيرًا، فرواه عن طاووس مرسلًا، وعن هشام بن طاووس مرسلًا، وعن طاووس، عن ابن عباس موقوفًا، وعن ابن عباس



قيل له: هذا الخطابُ يحتمِلُ أن يكونَ للمسلمين، ويحتمِلُ أن يكونَ لأهلِ الذِّمَّةِ؛ لأنَّهم مِن أهلِ الدارِ، فوجَب التَّوقُّفُ فيه.

فإن قيل: الإحياءُ مِن حقوقِ دارِ الإسلامِ والذِّمِّيُّ ليس مِن أهلِ دارِ الإسلامِ؛ بدليلِ أنَّ الدارَ تُضافُ إلى المسلمين، (١) ولا يُترَكُ الذِّمِّيُّ (١) أن يُقِيمَ فيها إلا بعِوَضٍ.

قيل له: الذِّمِّيُّ مِن أهلِ دارِنا، (٣) وما ذكَروه [٢] مِن العِوَضِ ليس لأجلِ المقامِ في الدارِ (٣)؛ وإنما هو لإسقاطِ القتلِ؛ بدليلِ أنَّ النساءَ يَقُمْنَ بغيرِ شيءٍ [٤] لمَّا لم [٥] يجِبْ عليهنَّ [٦] القتلُ، وأمَّا إضافةُ الدارِ إلى المسلمين فلِنَفاذِ [٧] أحكامِهم فيها، وإلا فالمِلْكُ [٨] للمسلمِ والذِّمِّيِّ على وجهٍ واحدٍ.

قال: ومَن حَجَّرَ أرضًا ولم يَعْمُرْها ثلاثَ سنينَ أخذها الإمامُ [٩] ودفَعها إلى غيرِه.

مرفوعًا. قال البيهقي: «تفرَّد به معاوية بن هشام مرفوعًا موصولًا». وقال الحافظ في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٣٨): «تفرَّد به معاوية متصلًا، وهو مما أنكر عليه».

(١-١) في (أ٢): «ولا يترك»، وفي (ر، س، ع): «ولا تترك».

(٢) في (أ٢، ض، ق، ي): «ذكره».

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (ل).

(٤) في (ي): «عوض».

(٥) من (ي).

(٦) في (أ٢، س، ي): «عليهم»، وفي (ق): «عليه».

(٧) في (ي): «فلتقادم»، وفي (ع): «بإنفاذ».

(٨) في (س): «تملكه».

(٩) بعده في (ج)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣٦٣): «منه».



وذلك لِما روِي: «أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أقطَع بلالَ بنَ الحارثِ العقيقَ أجمعَ، فقال له عمرُ: إنَّ رسولَ اللَّهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يُقْطِعْك إلا لتُعَمِّرَه، ولم يُقْطِعْك لتَحْتَجِبَه عن الناسِ. وأقطَع عمرُ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ الناسَ العقيقَ»[1]، وكان ذلك بحضرةِ الصحابةِ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ مِن غيرِ نكيرٍ، ولأنَّ الإمامَ يُقطِعُ المواتَ لِما يَحصُلُ للمسلمين بالعمارةِ مِن العشرِ أو الخراجِ؛ فأمَّا أن يُقْطِعَه ليَملِكَه مع إبطالِ حقوقِ المسلمين فلا؛ وإنما اُعْتُبِر أن يَتْرُكَ العمارةَ ثلاثَ سنينَ؛ لِما روِي عن عمرَ أنَّه قال: «ليس للمُحْتَجِرِ[2] بعدَ ثلاثِ سنينَ حقٌّ»[3].

قال: ولا يجوزُ إحياءُ ما قَرُبَ مِن العامرِ، بل يُترَكُ مَرْعًى لأهلِ القريةِ ومَطْرَحًا لِحَصَائِدِهِمْ.

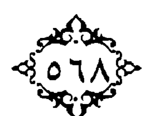
---

(١) أخرجه ابن خزيمة (٢٣٢٣)، والحاكم (١/ ٤٠٤) من طريق نعيم بن حماد، حدثنا عبد العزيز ابن محمد، عن ربيعة بن أبي عبد الرحمن، عن الحارث بن بلال بن الحارث، عن أبيه. وقال الحاكم: «قد احتج البخاري بنعيم بن حماد، ومسلم بالدراوردي، وهذا حديث صحيح، ولم يخرِّجاه»، وتعقَّبه ابن عبد الهادي في «تنقيح التحقيق» (٣/ ٧٨) بقوله: «كذا قال، ونعيم والدراوردي لهما ما ينكر، والحارث لا يعرف حاله، وقد تكلم الإمام أحمد بن حنبل في حديث رواه الدراوردي، عن ربيعة، عن الحارث».

(٢) في (ع): «لمحتجر». وهو الموافق لمصادر التخريج.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٠٧): «المحتجر، والتحجير: أن يمر الرجل بموضع من الموات ويقصد إحياءه، وليس معه آلات، فيعلم هناك بعلامة من وضع أحجار حوله، أو شوك، أو أغصان يابسة، ونحو ذلك من وضع الحجارة، أو الحجرة بمعنى المنع».

(٣) أخرجه أبو يوسف في «الخراج» (ص ٧٧) من طريق الحسن بن عمارة، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن عمر. قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٢٩٠): «الحسن بن عمارة ضعيف، وسعيد عن عمر فيه كلام».



وذلك لأنَّ في إحياءِ ذلك ضَرَرٌ على أهلِ[1] القريةِ ولهم حاجةٌ إليه، فلا يجوزُ قطعُ حقوقِهم بإحيائِه كما لا يجوزُ إحياءُ الطريقِ والنهرِ.

وعلى هذا قال أصحابُنا: لا ينبغِي للإمامِ أن يُقطِعَ ما لا غِنَى بالمسلمين عنه كالملحِ والآبارِ التي يَسْتقِي الناسُ منها لِما ذكَرْناه[2].

قال: ومَن حفَر بئرًا في بَرِّيَّةٍ[3] فله حريمُها، فإنْ كانَتْ للعَطَنِ فحريمُها أربعونَ ذراعًا، وإنْ كانَتْ للنَّاضِحِ فسِتُّونَ ذراعًا.

ورُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ هذا المعنى[4]، ولأنَّ المقصودَ مِن حفرِ البئرِ الانتفاعُ بها، فإذا جاز له حفرُها كان أخصَّ بما قَرُبَ منها لمَّا كان الانتفاعُ بها لا يُمكِنُ[5] إلا بذلك، ولو لم يُجعَلْ له ما[6] قَرُبَ منها، جاز أن يحفِرَ إنسانٌ إلى

(١) من هنا يبدأ خرم في النسخة (ج) وينتهي في باب المأذون، عند قول المصنف: «ولا بغير عوض إلا أن يهدي اليسير».

(٢) ينظر: «الهداية» (٤/ ١٠٠)، و«تبيين الحقائق» (٦/ ٣٦)، و«العناية» (١٠/ ٧٣).

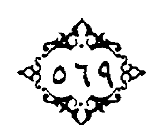
(٣) في (ي): «ربوة».

(٤) أخرج أحمد (١٠٤١١)، والبيهقي (٦/ ١٥٥) بإسناد صحيح من حديث أبي هريرة: «حَرِيمُ البِئْرِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا مِنْ حَوَالَيْهَا كُلُّهَا لِأَعْطَانِ الإِبِلِ وَالغَنَمِ». وأخرج الدارمي (٢٦٦٨)، وابن ماجه (٢٤٨٦) عن عبد الله بن مغفل بإسناد ضعيف: «مَنِ احْتَفَرَ بِئْرًا، فَلَيْسَ لِأَحَدٍ أَنْ يَحْفِرَ حَوْلَهُ أَرْبَعِينَ ذِرَاعًا عَطَنًا لِمَاشِيَتِهِ».

وأخرج أبو يوسف في «الخراج» (ص ١١٣) من طريق الحسن بن عمارة، عن الزهري مرسلًا: «حَرِيمُ العَيْنِ خَمْسُمِئَةِ ذِرَاعٍ، وَحَرِيمُ بِئْرِ النَّاضِحِ سِتُّونَ ذِرَاعًا، وَحَرِيمُ بِئْرِ العَطَنِ أَرْبَعُونَ ذِرَاعًا، عَطَنًا لِلْمَاشِيَةِ». وينظر: «علل الدارقطني» مسألة (١٦٩٣، ١٨٤٨)، و«نصب الراية» (٤/ ٢٩٢)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ١٣٩، ١٤٠).

(٥) في (ي): «لا يملك».

(٦) في (ي): «الانتفاعُ بما».



جنبِها فيَبطُلَ الانتفاعُ بها، فجُعِل صاحبُ البئرِ[1] أولَى بذلك لحاجتِه إليه، كما جُعِل ما قَرُبَ مِن العامرِ لأهلِ القريةِ لحاجتِهم إليه؛ فأمَّا تقديرُه فهو موقوفٌ على قدرِ الحاجةِ، فإنْ كان يُسْتقَى منها بالحبلِ كان[2] حريمُها مقدارَ الحبلِ، فإنْ كَفَاه دونَ ذلك فله أربعونَ لأجلِ الأثرِ الواردِ فيه[3].

قال: وإن كانَتْ عَيْنًا فحريمُها ثلاثُمئةِ ذراعٍ، فمَن أرادَ أن يحفِرَ في حريمِها مُنِع منه.

وذلك لأنَّه لو لم يُجعَلْ لها حريمٌ لم يُؤمَنْ أن يحفِرَ إنسانٌ إلى قُرْبِها بئرًا أو عَيْنًا، فيذهبَ ماؤُها أو يَنقُصَ، فجُعِل لها مِن الحريمِ ما يُؤمَنُ معه الضَّررُ[4]، وتقديرُ ذلك موقوفٌ على الاجتهادِ، وقد روِي فيه أيضًا أثرٌ[5]، وقد ذكَر الطَّحاويُّ أنَّ حريمَها خمسُمئةِ ذراعٍ[6].

---

(١) في (أ٢): «اليد».

(٢) في (أ٢، ق، ي): «فإن».

(٣) أخرج ابن ماجه (٢٤٨٧) بإسناد ضعيف عن نافع أبي غالب، عن أبي سعيد مرفوعًا: «حَرِيمُ البِئْرِ مَدُّ رِشَائِهَا».

(٤) في (س): «من الضرر»، وفي (ي): «من الصرف».

(٥) أخرج أبو داود في «المراسيل» (٤٠٢) عن سعيد بن المسيب مرسلًا: «حَرِيمُ البِئْرِ العَادِيَّةِ خَمْسُونَ ذِرَاعًا، وَحَرِيمُ بِئْرِ البَدِيِّ خَمْسٌ وَعِشْرُونَ ذِرَاعًا». قال أبو داود: «قال سعيد بن المسيب من قبل نفسه: وَحَرِيمُ قَلِيبِ الزَّرْعِ ثَلاثُمِئَةِ ذِرَاعٍ». وأخرج في (٤٠٣) عن الزهري: «إن السنة والقضاء بمعنى حديث سفيان كله يقول: في كل واحد من كل ناحية فهذا حريم. وزاد قال: قليب مكان بئر، وقال في حديثه: في كل واحد، لم يذكره من كل ناحية. زاد: وحريم العين خمسمئة ذراع من كل ناحية، فهذا حريم ما يأذن به السلطان من الحفائر، إلا أن يكون لقوم في أرض أسلموا عليها أو ابتاعوها».

(٦) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ٤١٥).



قال: وما تركه[1] الفراتُ ودجلةُ وعدَل عنه ويجوزُ عَوْدُه إليه لم يَجُزْ إحياؤُه، وإنْ كان لا يجوزُ أن يعودَ إليه فهو كالمَوَاتِ إذا لم يَكُنْ حريمًا[2] لقريةٍ[3] يملِكُه مَن أَحْياه بإذنِ الإمام.

وذلك لأنَّ أرضَ دجلةَ والفراتِ مِلْكٌ لجماعةِ المسلمين، فإذا جاز عَوْدُ الماءِ إليه لم يَنقطِعِ الحكمُ الأولُ عنه، فكأنَّ الماءَ لم يذهَبْ عنه، وليس لأحدٍ أن يَعدِلَ بماءِ[4] الفراتِ ويُحْيِيَ أرضَه، فكذلك ما جاز[5] عَوْدُه إليه، فأمَّا إذا لم يَجُزْ عَوْدُه إليه، وقد صار ذلك الموضعُ كسائرِ الأراضي التي لا يُنتفَعُ بها، وليس لها مالكٌ مُعَيَّنٌ فهي مَوَاتٌ، فيَقِفُ إحياؤُها على إذنِ الإمامِ، وعلى أنْ لا[6] تكونَ بقُرْبِ العامرِ مما تَدْعو حاجتُهم إليه.

قال: ومَن كان له نهرٌ في أرضِ غيرِه فليس له حريمُه عندَ أبي حنيفةَ إلا أن يُقيمَ بَيِّنةً على ذلك. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: له مُسَنَّاةٌ[7] يمشِي عليها ويُلْقِي عليها طينَه.

---

(١) في (ق، ونسخة مختصر القدوري، و«الجوهرة النيرة» ١/ ٣٦٤): «ترك».

(٢) في (ي): «حريمها».

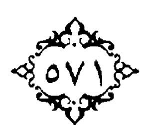
(٣) في نسخة مختصر القدوري، الجوهرة النيرة١/ ٣٦٥: «العامر».

(٤) في (س): «كماء»، وفي (ع، ي): «بها». (٥) في (ع): «جوز».

(٦) من (أ٢، ر، س، ع، غ، ق، ل).

(٧) المُسَنَّاة: ضَفيرةٌ تُبْنى للسَّيلِ لترُدَّ الماء، سُمِّيت مُسَنَّاةً؛ لأن فيها مفاتح للماءِ بقدرِ ما تحتاج إليه مما لا يغلب، مأخوذ من قولك: سَنَّيْت الشيءَ والأمر إذا فتَحْت وجهَه. «لسان العرب» (١٤/ ٤٠٦) (س ن ا).

وينظر: «الهداية» (٤/ ١٠٢)، و«العناية» (١٠/ ٧٧).



وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ النهرَ هو موضعُ جَرْيِ الماءِ و المُسَنَّاةُ ليسَتْ بنهرٍ، وهي مُتَّصِلةٌ بالأرضِ مُساوِيةٌ[1] لها مُفارِقةٌ لِصِفَةِ النهرِ، فالظاهرُ أنَّها مِن أجزائِها[2] فلا يَسْتَحِقُّها صاحبُ النهرِ إلا بِبَيِّنةٍ، وليس لصاحبِ الأرضِ قلعُ[3] المُسَنَّاةِ؛ لأنَّ ذلك يُبطِلُ الانتفاعَ بالنهرِ، وليس يمتنِعُ أن تكونَ المُسَنَّاةُ مِلْكَه، ولصاحبِ النهرِ فيها حقٌّ يمنَعُ مِن تَضْييعِ الماءِ، كما يكونُ الحائطُ لرجلٍ ولآخرَ[4] عليه جُذُوعٌ، وله أن ينتفِعَ بها فيما سِوى قَلْعِها.

وجهُ قولِهما: أنَّ النهرَ لا بُدَّ له مِن موضعٍ يُلْقَى فيه طينُه ويُمشَى عليه لِيُنظَرَ[5] في مصالحِه، فكان الظاهرُ أنَّ المُسَنَّاةَ لصاحبِ النهرِ، أصلُه حريمُ البئرِ[6].

وقد قال أصحابُنا: إذا نبَت الكلأُ في أرضٍ مملوكةٍ لم[7] يَملِكْه صاحبُها، وكلُّ مَن أخَذه فهو له، إلا أنَّه يُكرَهُ له دُخُولُ الأرضِ بغيرِ إذنِ مالكِها، وكذلك ماءُ البئرِ وماءُ العينِ غيرُ مملوكٍ لصاحبِها، ومَن أخَذ منه شيئًا ملكه ولا يَلزَمُه رَدُّه[8].

وقال الشافعيُّ: إذا نبَت الحشيشُ في أرضٍ مملوكةٍ فهو مِلْكٌ لصاحبِها يجوزُ

---

(١) في (ع): «مسلوبة»، وفي (ي): «متساوية».

(٢) في (ي): «أخواتها».

(٣) في (أ٢، ح، ق، ي): «قطع».

(٤) في (ر، س، ل): «للآخر».

(٥) في (ي): «لينقل».

(٦) في (ر): «حريمه»، وفي (س): «النهر».

(٧) في (ي): «لا».

(٨) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٤٥٤)، و«التجريد» (٨/ ٣٧٦٦)، و«المبسوط» (٢٣/ ١٦٥)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ١٤٦)، و«الاختيار» (٣/ ٧٣).



له بيعُه، وإنْ أخَذه غيرُه لزِمه رَدُّه إليه. وكذلك قال في الماءِ: إنَّه مِلْكٌ لصاحبِ البئرِ يجوزُ له بيعُ مقدارٍ معلومٍ منه، ومَن اسْتَقاه لزِمه رَدُّه، ومَن أتلَفه لزِمه قيمتُه[1].

دليلُنا: ما روَى ابنُ عباسٍ أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الناسُ شركاءُ في ثلاثةٍ[2]؛ الماءُ والكلأُ والنارُ»[3]. وهذا ينفِي تخصيصَ الواحدِ به، وفي حديثِ أبي هريرةَ أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَن منَع فضلَ الماءِ ليَمْنَعَ به فضلَ الكلأِ، منَعه اللَّهُ فضلَ رحمتِه يومَ القيامةِ»[4]. ولو كان الماءُ[5] مِلْكًا له لم يَلحَقْه الوعيدُ

(١) ينظر: «الأم» (٣/ ١١٥)، و«الحاوي» (٧/ ٥٠٨)، و«نهاية المطلب» (٥/ ٥٠٠) (٨/ ٣٣٣)، و«بحر المذهب» (٧/ ٢٨٨)، و«البيان» (٧/ ٥٠٥).

(٢) بعده في (أ٢): «في».

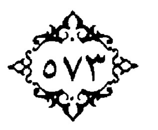
(٣) أخرجه ابن ماجه (٢٤٧٢) من طريق عبد اللَّه بن خراش عن العوام بن حوشب، عن مجاهد، عن ابن عباس بلفظ: «المسلمون». قال عبد الحق في «الأحكام الوسطى» (٣/ ٢٩٨): «وقال البخاري: عبد اللَّه بن خراش عن العوام بن حوشب منكر الحديث. وضعَّفه أيضًا أبو زرعة». ينظر: «بيان الوهم والإيهام» (٥/ ٥٢١).

وأخرجه ابن ماجه (٢٤٧٣) بإسناد جيد من طريق أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة، بلفظ: «ثَلَاث لَا يُمنَعن؛ المَاء والكلأ وَالنَّار». ينظر: «البدر المنير» (٧/ ٧٦).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٠٧، ٢٠٨): «الكلأ بفتح الكاف: النبات والعشب، سواء رطبه ويابسه. قاله ابن الأثير. وقال في تهذيب المطالع: مهموز مقصور، وهو المرعى والعشب، رطبًا كان أو يابسًا عند الأكثر، وقال ثعلب: الكلأ اليابس. ومفهوم الحديث يرد عليه. انتهى». ينظر: «مشارق الأنوار» (١/ ٣٤٠)، و«مطالع الأنوار» (٣/ ٣٥٩)، و«النهاية» (٤/ ١٩٤).

(٤) أخرجه الشافعي في «مسنده» (ص ٣٨٢). وأصله في البخاري (٢٣٥٣)، ومسلم (١٥٦٦) بلفظ: «لاَ يُمْنَعُ فَضْلُ المَاءِ لِيُمْنَعَ بِهِ الكَلأُ».

(٥) في (س، ع، غ): «الكلأ».



بمنعِ شيءٍ منه، ولأنَّ الغالبَ في الكلأِ الإباحةُ[1]، فما حصَل منه في مِلْكِه بغيرِ فعلِه لم يملِكْه كالصيدِ[2].

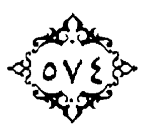
فإن قيل: نَما مِن مِلْكِه لا يملِكُه غيرُه، فوجَب أن يكونَ له، أصلُه الحَطَبُ والقَصَبُ.

قيل له: لا نُسَلِّمُ، وكذلك كلُّ ما كان الغالبُ فيه الإباحةُ إذا حصَل في مِلْكِه بغيرِ فعلِه لم يملِكْه كالصيدِ.

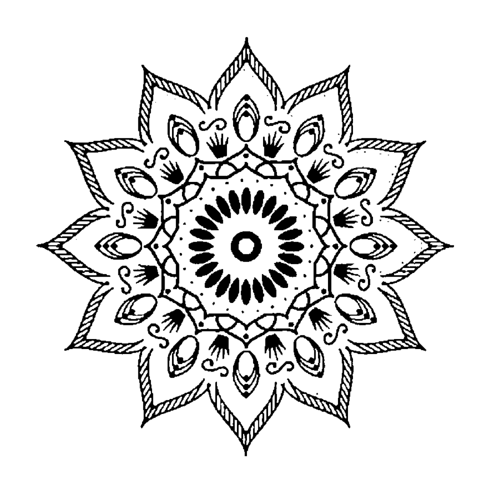
والله أعلم

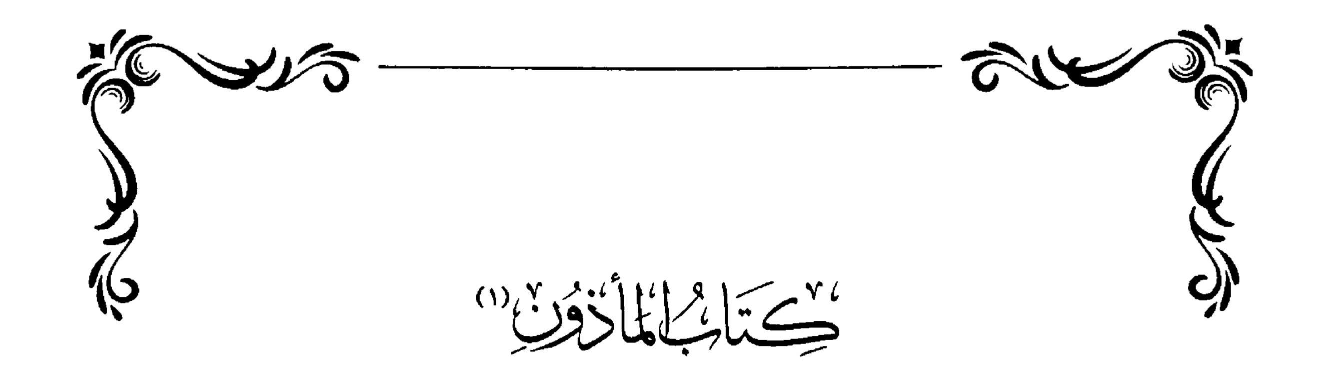
(١) في (أ٢، ر، س، ض، ع، غ، ل): «المباح».

(٢) في (ي): «كالعبد».



كِتَابُ المأذُونِ





كتاب المأذون[1]

الأصلُ في جوازِ الإذنِ[2] في التجارةِ للعبيدِ[3]: ما روِي: «أنَّ النبيَّ صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يركَبُ الحمارَ ويُجِيبُ دعوةَ المملوكِ»[4]، ومعلومٌ أنَّه لا يُجِيبُ[5] دعوةَ المحجورِ عليه، فدَلَّ على[6] أنَّه كان يُجِيبُ دعوةَ[7] المأذونِ، وروِي: «أنَّه كان للعباسِ عشرونَ عبدًا، كلُّ واحدٍ يَتَّجِرُ بعَشَرةِ آلافٍ»[8].

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: وإذا أذِنَ المَوْلى لعبدِه في التجارةِ إذنًا عامًّا جاز تَصرُّفُه في سائرِ التِّجاراتِ؛ يَشْتِري ويَبِيعُ ويَرْهَنُ ويَسْترهِنُ.

---

(١) في (ع): «باب المأذون». وبعده في (ض٢): «له».

(٢) في (س): «المأذون».

(٣) في (ر، غ، ل): «العبد».

(٤) أخرجه الترمذي (١٠١٧)، وابن ماجه (٢٢٩٦) من طريق مسلم الأعور، عن أنس بن مالك به. وقال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه إلا من حديث مسلم، عن أنس»، ومسلم الأعور يضعَّف، وهو مسلم بن كيسان الملائي تُكُلِّم فيه، وقد روى عنه شعبة، وسفيان».

(٥) في (ي): «يجوز». (٦) من (ر). (٧) من (س).

(٨) أخرجه الطبراني في «الكبير» (١١/ ١٧١) (١١٣٩٨)، وفي «الأوسط» (٨١٠٧)، والحاكم (٣/ ٣٢٤) عن ابن عباس. وقال الحاكم: «صحيح على شرط مسلم». وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٧/ ٢٨): «ورجال الأوسط رجال الصحيح غير ابن إسحاق، وقد صرَّح بالسماع».

وذلك لأنَّ الإذنَ العامَّ يتناولُ جميعَ التِّجاراتِ، فجاز تَصَرُّفُه (١فيها بمُقْتَضَى١) الإذنِ.

وأمَّا قولُه: يَشْتري ويَبيعُ. فهو أصلُ التجارةِ(٢)، فيَتناوَلُه(٣) الإذنُ والرهنُ، والارتهانُ أيضًا مِن جملةِ التجارةِ وهو مِن عادةِ التُّجَّارِ(٤)، وكلُّ ما كان مِن عادةِ التُّجَّارِ(٥) فالإذنُ يَتَضمَّنُه.

وعلى هذا أيضًا يجوزُ أن يُشارِكَ شركةَ عِنَانٍ ويَدفَعَ المالَ مُضاربةً؛ لأنَّه مِن عادةِ التُّجَّارِ.

قال: فإنْ أذِن له في نوعٍ منها دونَ غيرِه فهو مأذونٌ في جميعِها(٦).

وهذا الذي ذكَره اسْتِحسانٌ، والقياسُ: أنْ لا يجوزَ تَصَرُّفُه إلا في ذلك النوعِ، وهو قولُ زفرَ، وبه قال الشافعيُّ(٧).

وجهُ قولِهم(٨): أنَّ الإذنَ هو إطلاقٌ مِن حَجْرٍ، يُبَيِّنُ ذلك أنَّ العبدَ له قولٌ صحيحٌ؛ وإنما مُنِع مِن التَّصرُّفِ لأجلِ الحَجْرِ بالرِّقِّ، فإذا أذِن له المَوْلى زالَ

(١-١) في (ي): «فيما يقتضي».

(٢) في (ر، ي): «للتجارة».

(٣) في (س): «فيتناول»، وفي (ع): «فتناوله».

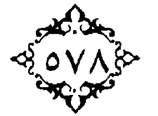
(٤) في (أ٢، ر): «التجارة».

(٥) في (أ٢): «التجارة».

(٦) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٥/ ٢٢٥)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٤٩٣)، و«المبسوط» (٢٥/ ٩)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٢٣٥)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ٢١٨، ٢١٩).

(٧) ينظر: «الحاوي» (١٠/ ٨٦)، و«بحر المذهب» (٥/ ٤٩١) (٦/ ٢١)، و«حلية العلماء» (٤/ ١٣٦).

(٨) في (غ، ل): «قولهما».



الحَجْرُ وصار كأنَّه أعتَقه، (١ولو أعتَقه١) لم يَتخَصَّصْ تصرُّفُه، كذلك إذا أذِن له المَوْلى[٢]، ولأنَّه يَتصرَّفُ لنفسِه؛ بدليلِ أنَّه لا يرجِعُ بالدُّيونِ على مَوْلاه فصار كالمُكاتَبِ.

وجهُ قولِ زفرَ: أنَّه تَصرُّفٌ مُسْتفادٌ بالإذنِ مِن جهةِ آدميٍّ، فوجَب أن يكونَ مقصورًا على موضعِ الإذنِ، أصلُه تَصرُّفُ[٢] المُضارِبِ والوكيلِ.

والجوابُ: أنَّ المضاربةَ لا تجوزُ إلا في مالِ ربِّ المالِ، فجاز أن يَتخَصَّصَ بتَخْصيصِه، (٤والإذنُ في التجارةِ يجوزُ أن يُوجَدَ[٣] غيرَ مُختَصٍّ بمالِ المَوْلى، فلذلك لم يَتخصَّصْ بتَخْصيصِه٤)، وأمَّا الوكيلُ فليس بمَحْجورٍ عليه وتَصرُّفُه جائزٌ؛ وإنما مُنِع لأجلِ مالِ الغيرِ، فوقَف جوازُ التَّصرُّفِ على الإذنِ، وفي مسألتِنا الحَجْرُ منَع التَّصرُّفَ، فإذا زالَ لم يَتخَصَّصْ تَصرُّفُه كالعتقِ.

قال: وإنْ أذِن له في شيءٍ بعينِه فليس بمأذونٍ.

وهذا الذي ذكَره مثلُ أن يُرسِلَه ليَشْترِيَ له ثوبًا أو لحمًا بدرهمٍ، أو ثوبًا لكِسْوةِ المَوْلى، أو لكِسْوةِ العبدِ، أو طعامًا لرزقِ أهلِه، وذلك لأنه لم يُفَوِّضْ إليه الرأيَ؛ وإنما عَيَّنَ له التَّصرُّفَ فهو (٥استخدامٌ، ولو جَعَلْنا ذلك إذنًا لتَعَذَّرَ على المَوْلى٥) استخدامُ عبدِه.

(١-١) في (ي): «والمعتق».

(٢) من (ي).

(٣) في (ر): «يؤخذ».

(٤-٤) ما بين القوسين من (أ٢، ر، غ).

(٥-٥) ليس في (س).



وقد قالوا: إذا رَأَى المَوْلى عبدَه يبيعُ متاعًا له أو لغيرِه، فلم يَنْهَه، كان ذلك إذنًا مِن المَوْلى للعبدِ في التجارةِ، ولا يجوزُ بيعُ العبدِ المتاعَ إلا بإذنِ مالكِه[1]. وهو استحسانٌ، والقياسُ: أنْ لا يكونَ إذنًا، وبه قال الشافعيُّ[2].

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ العبدَ يَتصَرَّفُ لنفسِه وللمَوْلى حقٌّ في المنعِ، فإذا سكَتَ كان ذلك إسقاطًا [3]لحقِّه؛ ولأنَّا لو لم نجعَلْه إذنًا كان تغريرًا بالناسِ؛ لأنهم إذا عايَنوا المَوْلى لا يُنكِرُ عليه بايَعوه، فيُؤَدِّي ذلك إلى إسقاطِ[3] حقوقِهم، فجُعِل إذنًا لهذا المعنى، ولأنَّ كلَّ مَن يَتصرَّفُ لنفسِه يجوزُ تَصرُّفُه للغيرِ[4] مِن غيرِ إذنٍ كالمكاتبِ.

وجهُ القياسِ: أنَّ الساكتَ قد يكونُ راضيًا، وقد يكونُ ساخطًا، ولأنَّ كلَّ تَصَرُّفٍ يَفْتقِرُ إلى إذنٍ، فإنَّ السُّكوتَ لا يقومُ مقامَ الإذنِ، أصلُه الأجنبيُّ إذا باعَ مالَ غيرِه وهو ساكتٌ ينظُرُ إليه.

الجوابُ: أنَّا لا نُسَلِّمُ أنَّ تَصرُّفَ العبدِ يَفْتقِرُ إلى الإذنِ، وإنما يَفْتقِرُ إلى إمساكِه عن النهيِ مع علمِه بتَصرُّفِه، فإنْ وُجِد الإذنُ فقد حصَلتْ[5] زيادةٌ، فأمَّا الأجنبيُّ فإنَّه لا يملِكُ أن يُدخِلَ الشيءَ في مِلْكِ مَن تَصرَّفَ عليه بغيرِ رِضاه، فلم

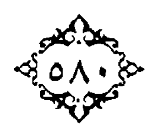
(١) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٥/ ٢٢٧)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ١٩٤)، و«الهداية» (٤/ ٤)، و«العناية» (٩/ ٢٨٩).

(٢) ينظر: «الأم» (٣/ ١٧١) (٦/ ٢٧٢)، و«الحاوي» (٥/ ٣٧٠) (٧/ ٣٤٩)، و«المهذب» (٢/ ٢٣٥)، و«بحر المذهب» (٩/ ٧٤).

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٤) من (ي).

(٥) بعده في (ر): «في يده».



يَنفُذْ تَصَرُّفُه في حقِّه بِسُكوتِه، والعبدُ يَملِكُ أنْ يُدخِلَ الأكسابَ في مِلْكِ مَوْلاه بغيرِ رِضاه، فجاز أن يَنفُذَ تَصَرُّفُه في حقِّه بِسُكوتِه.

فأمَّا قولُه: ولا يجوزُ بيعُ العبدِ إلا بإذنِ المالكِ للمتاعِ. فلأنَّ سُكوتَ المَوْلى يَتضمَّنُ أمرَيْن:

أحدُهما: الإذنُ في التجارةِ.

والآخرُ: التوكيلُ بالبيعِ، والإذنُ يَثبُتُ بالسُّكوتِ، والوكالةُ لا تَثبُتُ بالسُّكوتِ، فصار مأذونًا ولم يَجُزِ البيعُ.

فإن قيل: إذا لم يَنتقِلِ المِلْكُ بهذا العقدِ، فكيف يَثبُتُ به الإذنُ؟

قيل له: لو باع بشرطِ الخيارِ يَثبُتُ الإذنُ بسُكوتِ المَوْلى، وإنْ لم يَنْتقِلِ المِلْكُ، وكذلك لو رآه يبيعُ بيعًا فاسدًا فسكَت، كان إذنًا، وإن لم يَنتقِلِ المِلْكُ.

وقد قالوا أيضًا: لو قال لعبدِه: أدِّ الغَلَّةَ إليَّ في كلِّ شهرٍ خمسةَ دراهمَ. (١أو: إذا١) أَدَّيتَ إليَّ ألفًا فأنتَ حرٌّ. إنَّه إذنٌ له(٢) في التجارةِ؛ وذلك لأنَّه لا يَتوصَّلُ إلى الغَلَّةِ وإلى أداءِ المالِ إلا بالتَّصرُّفِ، فصار الأمرُ بذلك إذنًا فيما لا يَتِمُّ إلا به.

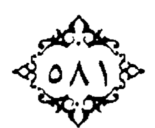
قال: وإقرارُ المأذونِ بالدُّيونِ والغُصُوبِ جائزٌ.

وذلك لأنَّ الإقرارَ بالدَّيْنِ(٣) مِن جملةِ التجارةِ؛ ألَا تَرى أنَّه يلزَمُه بالشِّراءِ والإجارةِ وهو مأذونٌ فيما يعودُ إلى التجارةِ، فأمَّا الغصبُ فهو ضمانُ مالٍ

(١-١) في (ي): «وإن».

(٢) من (ع).

(٣) في (س، ر): «بالديون».



يَتعلَّقُ بالقبضِ، فصَحَّ إقرارُه به كالمقبوضِ على وجهِ بيعٍ فاسدٍ.

قال: وليس له أن يَتزوَّجَ ولا يُزَوِّجَ مماليكَه، ولا يُكاتِبُ ولا يُعتِقُ على مالٍ.

وذلك لأنَّ التَّزويجَ ليس مِن التجارةِ، والإذنُ يتناولُ ما هو مِن التجارةِ [١]دونَ ما سِواه[١]، فما سِواه على أصلِ الحَجْرِ.

وقد قال أبو يوسفَ: [٢]له أن يُزَوِّجَ[٢] أمتَه؛ لأنَّه يجعلُ المنفعةَ التي ليسَتْ بمالٍ مالًا، فجاز كما لو أَجَّرَها.

فأمَّا العتقُ على مالٍ فإنَّه لا يجوزُ؛ لأنَّ العتقَ موضوعٌ[٣] للتَّبرُّعِ، فلا يَدخُلُ تحتَ الإذنِ.

قال: ولا يَهَبَ بعِوَضٍ[٤] ولا بغيرِ عِوَضٍ إلا أن يُهدِيَ اليسيرَ مِن الطعامِ أو يُضِيفَ مَن يُعامِلُه[٥].

وذلك لأنَّ الهبةَ صريحُ التَّبرُّعِ، وهو لا يملِكُ ما في يدِه فلا يملِكُ التَّبرُّعَ به،

(١-١) من (ر).

(٢-٢) ليس في (ي). وفي (ر، غ، ق): «يتزوج».

وينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٩٠)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ١٩٧)، و«الهداية» (٣/ ٢٥٨).

(٣) في (ر، س): «موضع».

(٤) هنا ينتهي الخرم المشار إليه آنفًا في النسخة (ج)، والذي بدأ بعد قول المصنف في كتاب إحياء الموات: «وذلك لأنَّ في إحياءِ ذلك ضَرَرٌ على أهلِ». تحت قول الماتن: «ولا يجوزُ إحياءُ ما قَرُبَ مِن العامرِ».

(٥) في (ي): «يضيفه»، وفي (ق، نسخة مختصر القدوري): «يطعمه»، وفي «الجوهرة النيرة» (١/ ٣٦٧): «يصله».



وهذا هو القياسُ في القليلِ أيضًا؛ وإنما اسْتَحسَنوا في القليلِ (١مِن الطعامِ الذي يفعلُ مثلَه التُّجّارُ١)؛ (٢لأنّه مِن عادةِ التُّجّارِ٢) أن يُطْعِموا ويُضَيِّفوا تَرْغيبًا للمُعامِلِين، والإذنُ يقعُ على ما يَعْتادُه التُّجّارُ، فأمّا الكثيرُ فلا يُوجَدُ فيه هذا المعنى، فلم يَجُزْ له فعلُه.

وقد رُوِي: «أنَّ سلمانَ أهدَى إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تمرًا[٣]، وهو مملوكٌ، فأكَل وأكَل أصحابُه معه»[٤]، وعن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أنّه سُئِل عن العبدِ يَتصدَّقُ؟ فقال: بالرغيفِ ونحوِه»[٥].

وقد قال الشافعيُّ: ليس للمأذونِ أن يَتَّخِذَ الوليمةَ ولا يَهَبَ الطعامَ[٦].

وعندَنا: يجوزُ مِن ذلك ما جَرَتْ به عادةُ التُّجّارِ؛ والدليلُ على جوازِه: ما رُوِي: «أنَّ سلمانَ الفارسيَّ كان مُكاتَبًا، فحمَل إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رُطَبًا، وقال: هذا صدقةٌ. فقال لأصحابِه: «كُلُوا». وحمَل إليه رُطَبًا، وقال: هذا هديةٌ. فأكَل وأكَلوا»[٧]، فدَلَّ على جوازِ قبولِ الهديَّةِ مِن العبدِ المأذونِ، ولأنَّ مَن ملَك التَّصرُّفَ في اكتسابِه ملَك التَّبرُّعَ فيها كالحرِّ.

(١-١) ليس في (أ٢، ي).

(٢-٢) ليس في (أ٢، غ، ل، ي).

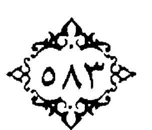
(٣) من (ي).

(٤) أخرجه أحمد (٢٢٩٩٧)، والحاكم (٢/ ١٦) من طريق عبد اللَّه بن بريدة، عن أبيه به. وقال الحاكم: «صحيح على شرط مسلم». وصحَّحه الحافظ في «الدراية» (٢/ ٢٤١).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (١٠٣٧٠) عن ابن عمر.

(٦) ينظر: «الحاوي» (٥/ ٢٦٦)، و«حلية العلماء» (٥/ ٣٦٢)، و«البيان» (٧/ ٢٤١).

(٧) تقدَّم.



فإن قيل: إنَّه تبرَّعَ بمالِ مَوْلاه فلم يَجُزْ بغيرِ إذنِه، كما لو وهَب الكثيرَ.

قيل له: الكثيرُ لم تَجْرِ عادةُ التُّجَّارِ به، وأمَّا الطعامُ اليسيرُ فقد جَرَتْ عادتُهم به طَلَبًا[1] لإصلاحِ التجارةِ، واختلافِ الناسِ، فجاز أن يَملِكَ ذلك إذا ملَك التجارةَ.

قال: وديونُه مُتَعلِّقةٌ برَقَبتِه تُباعُ للغرماءِ إلا أن يَفْدِيَه المَوْلى.

وقال الشافعيُّ: ديونُه مُتَعلِّقةٌ بِذِمَّتِه، ويُسْتوفَى بها ما في يدِه مِن المالِ، ولا يُؤخَذُ أكسابُه فيها ولا تُباعُ رَقَبتُه[2].

دليلُنا: أنَّه دَيْنٌ لأجنبيٍّ لزِم العبدَ بسببٍ ثابتٍ في حقِّ مَوْلاه، فجاز أن يَتعلَّقَ برَقَبتِه ويُباعَ فيه، أصلُه ضمانُ المُتلَفاتِ، ولأنَّ تَصرُّفَ العبدِ موقوفٌ على إذنِ المَوْلى، فأمَّا أن يكونَ وقَف على إذنِه ليَثْبُتَ الدَّيْنُ في ذِمَّتِه أو في رَقَبتِه، ولا يجوزُ أن يكونَ ذلك ليَثْبُتَ في ذِمَّتِه؛ لأنَّ العبدَ المحجورَ لو تصرَّف بغيرِ إذنِ مَوْلاه تعلَّق الدَّينُ بِذِمَّتِه، فلم يَبْقَ إلا أن يكونَ التَّصرُّفُ وقَف على إذنِه ليَثْبُتَ الدَّينُ في رَقَبتِه.

فإن قيل: ما يلزَمُ العبدَ مِن الحقوقِ على ضربَيْن:

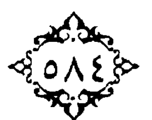
أحدُهما: يَتعلَّقُ بذِمَّتِه كالأثمانِ.

والآخرُ: يَتعلَّقُ برقبتِه كالأُرُوشِ، ثُمَّ ما كان محِلُّه الرقبةَ لا يَتحوَّلُ عن محِلِّه بالإذنِ، كذلك ما كان محِلُّه الذِّمَّةَ وجَب أن لا يَتحوَّلَ عن محِلِّه بالإذنِ.

---

(1) ليس في (ج).

(2) ينظر: «الحاوي» (٧/ ٤٢)، و«نهاية المطلب» (٦/ ٣٩٨)، و«بحر المذهب» (٧/ ٣٨٣).



قيل له: إذنُ المَوْلى غيرُ مُؤثِّرٍ في الجنايةِ؛ لأنَّه لا يملِكُ الإذنَ فيها، فصار وجودُ الإذنِ فيها وعدمُه سواءً، فأمَّا إذنُه في البياعاتِ فإنَّه يُؤثِّرُ؛ لأنه يملِكُ الإذنَ فيها، فلذلك[1] جاز أن يختلِفَ محلُّ الدَّينِ بالإذنِ، يُبيِّنُ ذلك أن العبدَ يملِكُ إثباتَ الدُّيونِ في ذِمَّةِ نفسِه، فإذنُ المَوْلى لا يحتاجُ إليه في ذلك؛ لِما[2] كان يملِكُه قبلَ الإذنِ، [3]فلم يَبْقَ إلا أن يحتاجَ إلى الإذنِ[3] لتَعلُّقِ الدَّيْنِ بالرَّقبةِ التي يملِكُها.

وإذا ثبَت أنَّ الدَّيْنَ يَتعلَّقُ برقبتِه بِيعَتْ فيه كالرَّهنِ، فإن فَداه المَوْلى بالدَّيْنِ لم يَجُزْ لهم[4] بيعُه بعدَ ذلك؛ لأنَّ حقَّ الغرماءِ هو الدَّينُ، فإذا اسْتوفَوه لم يَبْقَ لهم حقٌّ في المطالبةِ بالبيعِ.

قال: ويُقسَمُ ثمنُه بينَهم بالحصصِ، فإن فضَل مِن دَيْنِه[5] شيءٌ طُولِبَ به بعدَ الحريةِ.

وذلك لأنَّ ديونَهم مُتعَلِّقةٌ برقبتِه[6]، [7]فيَتَحاصُّون في بدلِها[7] كما يَتحاصُّ غرماءُ الميتِ في تركتِه، وما فضَل لهم مِن الدَّينِ يُؤخَذُ به بعدَ الحريةِ، وذلك

---

(١) في (أ٢، س، ق، ل، ي): «فكذلك».

(٢) في (أ٢، ر، س، ق، ي): «كما».

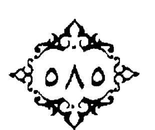
(٣-٣) في (ي): «يحتاج إلى إذن».

(٤) في (ي): له.

(٥) في (نسخة مختصر القدوري، «الجوهرة النيرة» ١/ ٣٦٨): «ديونه».

(٦) هنا ينتهي القسم الأول من النسخة (ج)، وتبدأ بكتاب النكاح في جزئها الثاني.

(٧-٧) في (ي): «فيتحاصصون».



لأنَّ حقَّهم كان في الرَّقبةِ، وقد اسْتَوفَوه مَرَّةً فسقَط حقُّهم عنها، وصار [1]كعبدٍ محجورٍ[1] عليه، فيكونُ الدَّينُ في ذِمَّتِه، ويُؤخَذُ به إذا عتَق.

قال: وإنْ حُجِر عليه لم يَصِرْ مَحْجورًا عليه حتى يَظهَرَ الحَجْرُ بينَ أهلِ سُوقِه.

وذلك لأنَّ العبدَ على مِلْكِه، فكان له أن يَحجُرَ عليه، إلا أنَّه لو صَحَّ الحَجْرُ مِن غيرِ أن يَظهَرَ ذلك بينَ أهلِ سُوقِه لكانَ فيه تَغْريرًا بالناسِ، فوقَف على علمِهم، كما يَقِفُ عزلُ الوكيلِ على علمِه.

قال: فإنْ ماتَ المَوْلى، أو جُنَّ، أو لحِق بدارِ الحربِ مُرْتَدًّا صار المأذونُ محجورًا[2].

وذلك لأنَّ العبدَ يَتصرَّفُ بالإذنِ، وكلُّ واحدٍ مِن الموتِ والجنونِ يُخرِجُ المَوْلى مِن أن يكونَ له إذنٌ، ويمنَعُ صِحَّةَ تَصرُّفِه، فكذلك مَن يَتصرَّفُ مِن جهتِه[3] بإذنِه، وأمَّا المرتَدُّ إذا لحِق بدارِ الحربِ فهو بمنزلةِ المَيِّتِ، بدليلِ أنَّه يُقسَمُ مالُه بينَ وَرَثتِه، وموتُ المَوْلَى يُبطِلُ الإذنَ، فكذلك لحاقُه بدارِ الحربِ.

قال: وإنْ أبَقَ العبدُ صار محجورًا عليه[4].

وقال الشافعيُّ: إذنُه بحالِه[5].

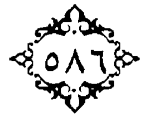
(١-١) في (أ٢): «العبد محجورًا».

(٢) بعده في (نسخة مختصر القدوري): «عليه».

(٣) بعده في (ر): «و».

(٤) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٥٠٩)، و«النتف» (٢/ ٧٤٢)، و«المبسوط» (١١/ ٢٣).

(٥) ينظر: «الأم» (٨/ ٣٧)، و«التهذيب» (٣/ ٥٥٦)، و«مغني المحتاج» (٢/ ١٠٠ - دار الفكر).



دليلُنا: أنَّ العبدَ قد صار في يدِ نفسِه؛ بدليلِ أنَّه لو كان الإذنُ باقيًا في الموضعِ الذي صار إليه لم يَكُنْ آبِقًا، فإذا صار في يدِ نفسِه لم يَنفُذْ تصرُّفُه بأمرِ(1) المَوْلَى، الدليلُ عليه المكاتبُ.

فإن قيل: الإباقُ لا يمنَعُ ابتداءَ الإذنِ، فلا يمنَعُ اسْتِدامتَه، أصلُه إذا غصَبه غاصبٌ.

قيل له: الوصفُ غيرُ مُسَلَّمٍ؛ لأنه لا يجوزُ أن يبتدئَ (2الإذنُ للآبقِ2)، والمعنى فيه إذا غصَب أنَّ تَصَرُّفَ المَوْلَى يجوزُ فيه بالإجارةِ مِن الغاصبِ، فجاز تَصَرُّفُه بإذنِ المَوْلَى، (3والآبِقُ لا يجوزُ تَصَرُّفُ المَوْلَى فيه بالمُعاوَضاتِ، فلم يَجُزْ تَصَرُّفُه بإذنِ المَوْلَى3).

قال: وإذا حجَر عليه المَوْلَى فإقرارُه جائزٌ فيما في يدِه مِن المالِ، عندَ أبي حنيفةَ(4).

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يَصِحُّ إقرارُه.

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ جوازَ إقرارِه موقوفٌ على بقاءِ يدِه على المالِ؛ بدليلِ أنَّ المَوْلَى لو أخَذ (5ما في يدِه5) كان الإذنُ باقيًا، ولا يَصِحُّ إقرارُه فيه

---

(1) في (ر): «بإذن».

(2-2) في (ي): «إلا بإذن الآبق».

(3-3) ما بين القوسين ليس في (ي).

(4) ينظر: «الأصل» (8/ 582) (9/ 19، 43)، و«شرح مختصر الطحاوي» (8/ 507)، و«النتف» (2/ 743)، و«المبسوط» (25/ 84، 116)، و«بدائع الصنائع» (6/ 41).

(5-5) في (ر): «المال من يده»، وفي (ي): «في يده».



لزوالِ يدِه عنه، واليدُ بعدَ الحجرِ باقيةٌ فصَحَّ إقرارُه.

وجهُ قولِهما: أنَّ صِحَّةَ إقرارِه تَتعلَّقُ بالإذنِ وقد زالَ؛ بدليلِ أنَّه لا يجوزُ بيعُه وشراؤُه، وكذلك إقرارُه.

قال: وإذا لزِمه ديونٌ تُحِيطُ بمالِه ورقبتِه لم يملِكِ المَوْلَى ما في يدِه؛ فإنْ أعتَقَ عبيدَه لم يَعْتِقوا عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يملِكُ ما في يدِه[1].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ الأكسابَ[2] ينتقِلُ إلى العبدِ، ثُمَّ ينتقِلُ إلى المَوْلَى مِن جهتِه مِن طريقِ الحكمِ، كما ينتقِلُ المالُ مِن جهةِ المَيِّتِ إلى وارثِه، فإذا كان دَيْنُ المَيِّتِ المُستغرِقُ لمالِه يمنعُ مِن انتقالِ المالِ إلى الوارثِ، فكذلك دَيْنُ العبدِ.

وجهُ قولِهما: أنَّ حقَّ المَوْلى في كسبِ العبدِ كحَقِّه في رقبتِه، والدَّيْنُ لا يُغَيِّرُ حقَّ المَوْلى في رقبةِ العبدِ، كذلك في أكسابِه[3].

وإذا ثبَت هذا الأصلُ؛ قال أبو حنيفةَ: إذا أعتَقَ المَوْلى ما اشْتَراه العبدُ مِن الرقيقِ، والدَّيْنُ مُستغرِقٌ لم يَنفُذْ عتقُه؛ لأنَّه لا يملِكُهم. وعندَهما يَنفُذُ عتقُه؛ لأنَّه يملِكُ الكسبَ[4].

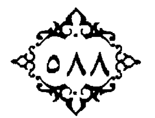
---

(١) ينظر: «الهداية» (٤/ ٨)، و«العناية» (٩/ ٢٢٩)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣٦٨).

(٢) في (ق، ل): «الاكتساب».

(٣) في (ق، ل): «اكتساب».

(٤) ينظر: «الأصل» (٩/ ٧٨)، و«المبسوط» (٢٥/ ١٤٧)، «بدائع الصنائع» (٤/ ٩٩).



قال: وإذا باعَ مِن المَوْلى شيئًا بمثلِ قيمتِه جاز، وإن باعَه بِنُقْصانٍ لم يَجُزْ.

والأصلُ في هذا أنَّ المَوْلى لا يَثْبُتُ له على عبدِه دَيْنٌ بحالٍ؛ ألَا ترى أنَّ العبدَ وما في يدِه (١مِلْكٌ للمَوْلَى١)، فما يَسْتوفِيه يَسْتوفِيه مِن مالِ نفسِه، وهذا ليس بِدَيْنٍ في الحقيقةِ.

وكذلك لا يَثْبُتُ للعبدِ على المَوْلى دَيْنٌ؛ لأنَّ ما يأخُذُه العبدُ مِن المَوْلَى لا يخرُجُ عن مِلْكِ المَوْلى، هذا إذا لم يَكُنْ على العبدِ دَيْنٌ، فإن كان على العبدِ دَيْنٌ، فإنَّه يَثبُتُ له في هذه الحالِ الدَّيْنُ على مَوْلاه؛ ألَا ترى أنَّ المَوْلَى في هذه الحالِ بمنزلةِ الأجنبيِّ في المالِ الذي[٢] في يدِ العبدِ، فلا يجوزُ تَصرُّفُه فيه، وإنْ أخَذ منه شيئًا لزِمه رَدُّه عليه، وإذا كان بمنزلةِ الأجنبيِّ جاز أن (٣يأخُذَ قيمتَه٣) ببدلٍ كما يجوزُ للأجنبيِّ، إلا أنَّه مُتَّهَمٌ في حقِّه، فاعْتُبِرَ أن يكونَ البدلُ مثلَ القيمةِ أو أكثرَ.

قال: فإنْ باعَه المَوْلَى شيئًا بمثلِ القيمةِ أو أقلَّ جازَ البيعُ.

وذلك لأنَّ التُّهْمةَ مرتفعةٌ، والحالُ هذه فجاز البيعُ.

قال: فإن سَلَّمَه إليه قبلَ (٤قبضِ الثَّمَنِ٤) بطَل الثمنُ.

وذلك لأنَّ حقَّه مِن العينِ قد سقَط بتسليمِها، وهو لا يَثْبُتُ له دَيْنٌ على عبدِه،

(١-١) ليس في (أ٢).

(٢) من (أ٢، ر، س، ق، ي).

(٣-٣) في (أ٢، س، ق، ي): «يأخذ منه»، وفي (ر، ض، ع، غ، ل): «يأخذه منه».

(٤-٤) في (أ٢، س، ض، ع، غ، ل): «القبض للثمن»، وفي (ق): «القبض».



فيبطُلُ[1] الثَّمَنُ.

قال: وإنْ أمسَكه في يدِه حتى يَسْتوفِيَ الثمنَ جاز.

وذلك لأنَّ ما يدفَعُه العبدُ إلى مَوْلاه على وجهِ البدلِ جائزٌ، وحبسُ المبيعِ حقٌّ للبائعِ حتى يَسْتوفيَ الثمنَ، فكان له هاهنا الحبسُ أيضًا.

قال: فإنْ أعتَق المَوْلَى العبدَ المأذونَ، وعليه ديونٌ فعِتْقُه جائزٌ.

وذلك لأنَّه مِلْكُه والمَوْلَى صحيحُ القولِ، وإنما تعلَّق بالعبدِ حقُّ الغيرِ، وذلك لا يمنَعُ العتقَ، أصلُه عبدُ الرَّهْنِ.

قال: والمَوْلى ضامنٌ [3]لقيمتِه[2] للغرماءِ.

وذلك لأنَّه أتلَف ما تعلَّق به حقُّ الغرماءِ؛ ألَا تَرى أنَّه كان لهم بيعُه واستيفاءُ الدَّيْنِ مِن ثمنِه[3]، وقد فَوَّتَ عليهم ذلك، فلزِمه الضَّمانُ، كالراهنِ[4] إذا أعتَق عبدَ الرَّهنِ.

قال: وما بقِي مِن الدُّيونِ يُطالَبُ به المُعْتَقُ[5].

---

(١) في (س، ع، غ، ق، ل، ي): «فبطل».

(٢) في (ر، ي): «قيمته».

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (أ٢).

(٤) في (ي): «كالرهن».

(٥) في (ر، س): «بعد العتق».

وينظر: «تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٣٨)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ١٥٤)، و«الهداية» (٤/ ٩)، و«العناية» (٩/ ٣٠٤).

وذلك لأنَّ الدَّيْنَ ثابتٌ في ذِمَّةِ العبدِ، وإنما لزِم المَوْلى منه مقدارُ ما أتلَف[1] مِن الرَّقبةِ، فما زادَ على ذلك فهو في الذِّمَّةِ على ما كان عليه.

قال: وإذا ولَدتِ المأذونةُ مِن مَوْلاها، فذلك حَجْرٌ عليها[2].

وذلك لأنَّها صارَتْ على صفةٍ لا يَتعلَّقُ الدَّيْنُ برقبتِها، ولا يُمكِنُ استيفاؤُه منها، فبطَل الإذنُ كما لو أعتقَها أو ماتَتْ.

قال: وإذا أذِن (٣وليُّ الصبيِّ للصبيِّ٣) في التجارةِ فهو في الشِّراءِ والبيعِ كالعبدِ المأذونِ إذا كان يَعقِلُ البيعَ؛ لأنَّ تَصرُّفَه مِن جهةِ الإذنِ، كما أن تَصرُّفَ العبدِ مِن جهةِ الإذنِ، فتساوَيا في أحكامِ البيعِ والتَّصرُّفِ.

وقد قالوا: إذا كان على العبدِ دَيْنٌ لم يَجُزْ للمَوْلى بيعُ العبدِ إلا بإذنِ الغرماءِ، أو بقضاءِ الدَّيْنِ، أو يكونَ القاضي هو الذي أمَره ببيعِه للغرماءِ، وذلك لأنَّ في بيعِ المَوْلى إسقاطَ حقِّ الغرماءِ (٤مِن الدَّيْنِ٤) الذي تعلَّق برقبتِه؛ ألَا تَرى أنَّ لهم أن يَخْتاروا تركَه حتى يَسْتوفوا الدَّيْنَ مِن أكسابِه[5].

وليس له إسقاطُ حقوقِهم إلا بإذنِهم، فإنْ باعَ بغيرِ إذنِهم وقَف البيعُ، ولو أذِن بعضُ الغرماءِ في بيعِه لم يَجُزْ؛ لأنَّ الامتناعَ مِن البيعِ حقٌّ لجماعتِهم[6]،

---

(١) في (ي): «تلف».

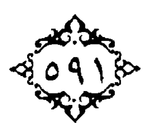
(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٧/ ٢٠٦)، و«الاختيار» (٢/ ١٠٣)، و«الجوهرة النيرة» (١/ ٣٦٩).

(٣-٣) في (أ٢، غ): «المولى للصبي»، وفي (س): «المولى الصبي»، وفي (ض، ع، ل): «الولي للصبي».

(٤-٤) من (ر).

(٥) في (ي): «اكتسابه».

(٦) في (ر): «لجماعة».



فإذا أذِن بعضُهم فقد رضِي بإسقاطِ حقِّه فبقِي حقُّ الباقِين بحالِه، ولو رفَعه[1] بعضُ الغرماءِ إلى القاضي، ومَن بقِي منهم غائبٌ، فباعَه القاضي للحضورِ جاز بيعُه؛ لأنَّ البيعَ حقٌّ لجماعتِهم، فغَيْبةُ بعضِهم لا تُسقِطُ حقَّ الحاضرِين، ولأنَّ القاضيَ له ولايةٌ على الغائبِ فيما يُؤدِّي إلى حفظِ مالِه، وفي نقلِ الدَّيْنِ مِن الرَّقبةِ إلى الثمنِ حفظٌ للمالِ لجوازِ أن تَتْلَفَ الرَّقبةُ، فإذا باعَ عُزِل حقُّ الغائبِ إلى حينِ حُضُورِه.

وقد قالوا: لو أقرَّ العبدُ قبلَ أن يُباعَ بدَيْنِ الغائبِ[2]، وصَدَّقَه المَوْلى أو كَذَّبَه، وأنكَر الغرماءُ ذلك[3]، فإقرارُه جائزٌ، وإذا باعَه القاضي عزَل حِصَّةَ الغائبِ، وذلك لأنَّ العبدَ ما لم يَبِعْ فهو على حكمِ الإذنِ، وإقرارُ المأذونِ جائزٌ، ولأنَّ لزومَ الدَّينِ لا يُوجِبُ الحَجْرَ في الإقرارِ، كما لا يُوجِبُ الحَجْرَ في حقِّ الحرِّ على قولِ أبي حنيفةَ[4].

وعلى قولِهما: الدَّيْنُ يُوجِبُ الحَجْرَ، إلا أنَّه لم يُوجَدْ فجاز الإقرارُ، ونفَذ ووجَب المُخاصَمةُ بنصيبِ المُقَرِّ له، فإنْ حضَر الغائبُ فصَدَّق العبدَ أخَذ ذلك، وإنْ كَذَّبَه بطَلَ الإقرارُ ووجَب رَدُّ ذلك على الغرماءِ، ولو لم يُقِرَّ العبدُ حتى بِيعَ في الدَّيْنِ، ثم أقرَّ بعدَ ذلك لم يَجُزْ إقرارُه وإنْ صَدَّقَه المَوْلى؛ لأنَّ البيعَ سببٌ للحَجْرِ، بدلالةِ أنَّ الإذنَ كان ثابتًا في المِلْكِ الأولِ وقد زالَ، فلا يجوزُ إثباتُه في مِلْكِ مَن لم يأذَنْ، فإنْ قدِم الغائبُ وأقامَ بَيِّنةً على حقِّه اتَّبع الغرماءَ بحِصَّتِه

(١) في (أ٢، ض، غ، ق، ل، ي): «دفعه».

(٢) في (س، غ، ل): «الغائب»، وفي (ع، ق): «للغائب».

(٣) ليس في: (ر).

(٤) ينظر: «المبسوط» (١٩/ ١١٤)، و«حاشية ابن عابدين» (٥/ ٣٩٨).

فيما أخذوه؛ لأنَّ البيِّنةَ لا تُهْمةَ فيها، فثبَت الدَّيْنُ بها، وحقوقُ الغُرماءِ تَتعلَّقُ بالثمنِ[1] كتَعلُّقِ حقِّهم بتركةِ الميِّتِ.

ولو قسَم القاضي التركةَ بينَ الغرماءِ، ثُمَّ ظهَر غريمٌ آخرُ شارَكهم فيما قبَضوا كذلك هذا، ولا سبيلَ على العبدِ؛ لأنَّ الدَّيْنَ انتقَل مِن رقبتِه بالبيعِ وصار كعبدٍ لا دَيْنَ عليه، ولا سبيلَ على المُشْترِي؛ لأنَّ الثمنَ الذي يَتعلَّقُ به حقُّ الغرماءِ قد اسْتَوفَى منه، ولا سبيلَ على المَوْلى الأولِ؛ لأنَّه لم يَكُنْ له صنعٌ في العبدِ، وإنما باع[2] القاضي وقسَم ثمنَه[3]، فلم يلزَمِ المَوْلى الضَّمانُ.

وقد قالوا: لو كان في يدِ العبدِ المأذونِ مالٌ، فقال المَوْلى: هو مالي. وقال العبدُ: [4]هو مالي. وعلى العبدِ[4] دَيْنٌ، فالقولُ قولُ العبدِ؛ لأنَّ يدَ العبدِ يدٌ للغرماءِ، فكأنَّ الغرماءَ والمَوْلى اختصَموا فيما في أيدِيهم، فلا يُقبَلُ قولُ المَوْلى فيه.

وإنْ كان المالُ في يدِ المَوْلى وفي يدِ العبدِ فهو بينَهما نِصْفانِ[5]؛ لِما بَيَّنَّا أنَّ يدَ العبدِ يدٌ[6] لنفسِه فصار كالأجنبيِّ، وإنْ كان معهما يدُ أجنبيٍّ فالمالُ بينَهما[7] أثلاثًا؛ لأنَّ كلَّ واحدٍ منهم له فيه يدٌ صحيحةٌ، والتَّساوِي في اليدِ يَقْتضِي التَّساوِيَ في المِلْكِ.

---

(١) في (ر): «باليمين».

(٢) في (ر): «باعه».

(٣) من (ر).

(٤-٤) ليس في (ي).

(٥) في (ر): «نصفين».

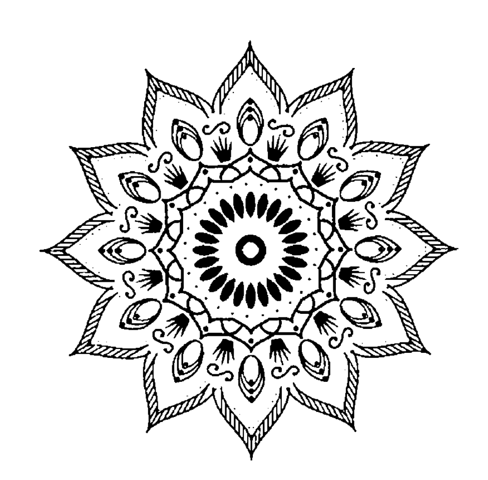
(٦) ليس في (ر).

(٧) في (س): «بينهم».

وإنْ كان العبدُ لا دَيْنَ عليه فالمالُ بينَ المَوْلى وبينَ الأجنبيِّ نصفَيْن؛ لأنَّ العبدَ الذي لا دَيْنَ عليه يدُه لمَوْلاه، فصار كأنَّ المَوْلى مُمسِكٌ للشيءِ بيدَيهِ، والأجنبيَّ بيدٍ واحدةٍ، فيكونُ بينَهما، ولا يَترَجَّحُ بزيادةِ إحدَى اليدَيْنِ.

واللهُ أعلمُ

كِتَابُ المُزَارَعَةِ





كِتَابُ المُزَارَعَةِ

المزارعةُ في اللغةِ: مُفاعَلةٌ مِن الزَّرعِ.

وفي الشريعةِ: عبارةٌ عن العقدِ على الزراعةِ ببعضِ الخارجِ، وتُسَمَّى أيضًا مُخابَرةً، و(1) قيل في(1) اشتقاقِ هذا الاسمِ: إنَّه مأخوذٌ مِن المزارعةِ(2)؛ لأنه يُقالُ للزارعِ: خَبِيرٌ. وقيل: إنَّها مأخوذةٌ مِن مُعامَلةِ النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مع أهلِ خيبرَ.

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: قال أبو حنيفةَ: المزارعةُ بالثُّلُثِ والرُّبُعِ باطلةٌ. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: جائزةٌ(3).

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: ما روَى رافعُ بنُ خَدِيجٍ: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن المخابرةِ»(4)، وعن زيدِ بنِ ثابتٍ، قال: نهَى رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن المخابرةِ، قال: قلتُ: وما المُخابَرةُ؟ فقال: «أنْ تأخُذَ أرضًا بثُلُثٍ أو رُبُعٍ أو نصفٍ»(5). ولأنَّه عقدٌ على المنافعِ ببدلٍ معلومٍ(6)، وذلك لا يَصِحُّ، ولا يُشبهُ هذا

(1-1) ليس في: (ر). (2) في (أ2، ع، ي): «الزراعة».

(3) ينظر: «الأصل» (9/ 519، 528)، و«مختصر اختلاف العلماء» (4/ 21)، و«شرح مختصر الطحاوي» (3/ 215- 217)، و«المبسوط» (23/ 11)، و«الهداية» (4/ 53).

(4) أخرجه البخاري (2286)، ومسلم (1547).

(5) أخرجه ابن أبي شيبة (21666)، وعنه أبو داود (3407).

(6) في (ش، ض، ع، غ، ق، ل): «معدوم».



المضاربةَ؛ لأنَّ الرِّبْحَ فيها ليس ببدلٍ عن المنافعِ؛ وإنما هو في مُقابَلةِ العملِ؛ بدليلِ أنَّه لا يفتقِرُ إلى ذكرِ مُدَّةٍ.

وجهُ قولِهما: ما رِوي: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عامَل أهلَ خيبرَ على نصفِ ما يخرُجُ مِن ثمرٍ[1] وزرعٍ»[2].

وقد قال الشافعيُّ: تجوزُ تَبَعًا للمُساقاةِ على الأرضِ التي بينَ النخيلِ، ولا تجوزُ مُنفرِدةً، ولا تجوزُ حتى تكونَ مِن رَبِّ الأرضِ البَذْرُ والفُدْنُ[3]، ومِن العاملِ العملُ[4].

دليلُنا: حديثُ جابرٍ، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَن لم يَذَرِ المُخابَرةَ، فليَأذَنْ بحربٍ مِن اللَّهِ ورسولِه». ذكَره أبو داودَ[5]، ولأنَّه عقدٌ لا[6] يَصِحُّ مُفرَدًا[7] فلا يَصِحُّ تَبَعًا للمُساقاةِ، كما لو كان الفُدْنُ والبَذْرُ مِن العاملِ.

فإن قيل: النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عامَل أهلَ خيبرَ على نصفِ ما يخرُجُ مِن ثمرٍ[8] وزرعٍ.

---

(١) في (أ٢، ي): «ثمرة»، وفي (ر، س، ل): «تمر»، وغير منقوطة في (ش، ق).

(٢) أخرجه البخاري (٢٢٨٥)، ومسلم (١٥٥١) من حديث ابن عمر.

(٣) في (غ، ل): «البقر».

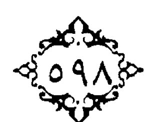
(٤) ينظر: «الأم» (٥/ ١٩)، و«الحاوي» (٧/ ٤٥١)، و«نهاية المطلب» (٨/ ٢١٨).

(٥) أخرجه أبو داود (٣٤٠٦)، والترمذي في «العلل الكبير» (٣٤٧)، وأبو يعلى (٢٠٣٠)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ١٠٧)، وابن حبان (٥٢٠٠)، والحاكم (٢/ ٢٨٥). وقال الحاكم: «صحيح على شرط مسلم».

(٦) مضروب عليها في (ش).

(٧) في (أ٢، غ، ل): «منفردًا».

(٨) في (أ٢): «ثمرة»، وفي (س، ل): «تمر».



قيل له: لا دليلَ فيه؛ لأنه لم يُنقَلْ أنَّه دفَع إليهم البَذْرَ والبقرَ، فعُلِم أنَّه (١لم يَكُنْ١) على وجهِ المزارعةِ، ولأنَّ ظاهرَ الخبرِ يَقْتضِي جوازَ المزارعةِ وإنِ انفردَتْ عن المُساقاةِ؛ لأنَّه لم يَفصِلْ بينَ الأمرَيْن، وهذا يَدُلُّ على بُطْلانِ قولِه.

قال: وهي عندَهما على أربعةِ أوجُهٍ، إذا كانتِ الأرضُ والبَذْرُ لواحدٍ، والعملُ والبقرُ لآخرَ جازتِ المزارعةُ.

وذلك لأنَّ (٣ربَّ الأرضِ(٢) استأجَر العاملَ ببعضِ الخارجِ وذلك جائزٌ، والبقرُ غيرُ مُستأجَرةٍ، وإنما هي تابعةٌ لعملِ العاملِ المعقودِ عليه، وليس في مقابلتِها عِوَضٌ، فهو كمَنِ استأجَر خَيَّاطًا، فإنَّ الإبرةَ تابعةٌ لعملِه، ولا عِوَضَ في مُقابلتِها، كذلك هذا.

قال: وإنْ كانتِ الأرضُ لواحدٍ، والعملُ والبقرُ والبَذْرُ لواحدٍ جاز.

وذلك لأنَّ٣) العاملَ مُستأجِرٌ للأرضِ، وذلك جائزٌ، والبقرُ غيرُ مُستأجَرةٍ؛ وإنما يَسْتعمِلُها في عملِ نفسِه، وذلك لا يمنَعُ صِحَّةَ العقدِ.

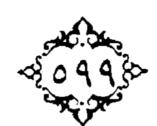
قال: وإنْ كانتِ الأرضُ والبقرُ والبَذْرُ لواحدٍ، والعملُ لآخرَ(٤) جاز.

وذلك لأنَّه مُستأجِرٌ للعاملِ ببعضِ ما تُخرِجُ(٥) الأرضُ وذلك جائزٌ، وأمَّا البقرُ فليسَتْ بمُستأجَرةٍ؛ لأنَّه يَسْتحيلُ أنْ يَسْتأجِرَ الرجلُ بقرَ نفسِه، وإنما تعملُ على مِلْكِه.

(١-١) ليس في (ر). (٢) في (س): «المال».

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (أ٢، ي). (٤) في (س، ع): «للآخر».

(٥) في (ي): «يخرج من».



قال: وإنْ كانتِ الأرضُ والبقرُ لواحدٍ، والبَذْرُ والعملُ لآخرَ[1] فهي باطلةٌ.

وذلك لأنَّ صاحبَ البَذْرِ[2] هو المُسْتأجِرُ، والبقرُ في هذه المسألةِ مُسْتأجَرةٌ ببعضِ الخارجِ؛ بدليلِ أنَّها غيرُ تابعةٍ للعملِ؛ إذِ العملُ غيرُ معقودٍ عليه، واسْتِئجارُ[3] البقرِ ببعضِ الخارجِ لا يجوزُ.

الدليلُ عليه: ما رُوِي: «أنَّ أربعةَ نفرٍ على عهدِ رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ اشتَركوا، و[4]مِن قِبَلِ أحدِهم الأرضُ، ومِن قِبَلِ الآخرِ البَذْرُ، ومِن قِبَلِ الآخرِ البقرُ، ومِن قِبَلِ الآخرِ العملُ، فأبطَلَ النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المزارعةَ»[5].

وقد روِي عن أبي يوسفَ: أنَّ المزارعةَ أيضًا في الوجهِ الرابعِ جائزةٌ، قال: لأنَّ العاملَ بمنزلةِ المُضارِبِ وصاحبَ الأرضِ بمنزلةِ ربِّ المالِ، ولو دفَع ربُّ المالِ إلى المضارِبِ مالًا ودابةً يحمِلُ عليها ما يَشْتريه جاز[6]، كذلك في المزارعةِ[7].

---

(١) ليس في (ي).

(٢) في (ع): «الأرض».

(٣) بعده في (ي): «العمل و».

(٤) ليس في: (ش، ي).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٣٠١٠)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ١١٩)، والدارقطني (٣٠٧٨) من طريق واصل بن أبي جميل، عن مجاهد؛ به مرسلًا. قال الدارقطني: «هذا مرسل ولا يصح، وواصل هذا ضعيف».

(٦) بعده في (ي): «و».

(٧) ينظر: «المبسوط» (٢٣/ ٢٢)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ٨٦، ٩٥، ١١٠)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٣٢٣)، و«فتاوى قاضي خان» (٣/ ٨٤).



قو[illegible] ولا تصح [illegible] الا على [illegible] معلومة

(١والربيعِ السَّاقِي١)، فأبطَله النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»(٢)، وكان المعنى فيه أنَّه قطَع الشركةَ عن بعضِ الخارجِ.

قال: وإذا صَحَّتِ المزارعةُ، فالخارجُ على الشرطِ، فإنْ لم تُخرِجِ الأرضُ شيئًا، فلا شيءَ للعاملِ.

وذلك لأنَّ المشروطَ بمنزلةِ البدلِ المُسَمَّى، (٣والعقدُ الصحيحُ يجِبُ فيه المُسَمَّى، وإذا لم تُخرِجِ الأرضُ شيئًا، فلم يُوجَدِ المُسَمَّى٣)، فلا يَسْتحِقُّ عِوَضًا عنه، وليس كذلك إذا فسَدتْ؛ لأنَّ الإجارةَ الفاسدةَ يجِبُ فيها أجرُ المثلِ في الذِّمَّةِ ولا يجِبُ المُسَمَّى، وعدمُ الخارجِ لا يمنَعُ مِن(٤) وُجُوبِ ما في الذِّمَّةِ.

قال: وإذا فسَدتْ فالخارجُ لصاحبِ البَذْرِ.

وذلك لأنَّ الخارجَ نَما مِن البَذْرِ فيكونُ لصاحبِ الأصلِ، إلا أنْ يملِكَه غيرُه بالشرطِ، والمشروطُ في المزارعةِ بمنزلةِ البدلِ المُسَمَّى في عقدِ الإجارةِ، والتَّسميةُ لا تَصِحُّ مع فسادِ العقدِ، وإذا بطَلَتِ التَّسميةُ بالفسادِ بقِي النَّماءُ كلُّه لصاحبِ البَذْرِ، وكأنَّه لم يَشرُطْ شيئًا.

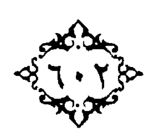
(١-١) في (أ٢، ق، ي): «والسواقي»، وفي (ش): «والربيع للساقي»، وفي (ع): «والربيع والساقي»، وفي (غ، ل): «تربيع الساقي».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٠٩): «الربيع الساقي: الربيع: النهر الصغير، وهذا من إضافة الموصوف إلى صفته، أي النهر الذي يسقي الزرع». ينظر: «طلبة الطلبة» (ص١٥٣)، و«تاج العروس» (٢١/ ٣٩) (ر ب ع).

(٢) كما في حديث رافع بن خديج السابق.

(٣-٣) ما بين القوسين ليس في (ع).

(٤) ليس في (ش).



يُتلِفُ[1] مالَه بإيفاءِ العقدِ، فلزِمه كسائرِ الإجاراتِ إلا أن يكونَ هناك عذرٌ مما يفسَخُ به الإجارةُ[2]، فيكونُ له فسخُ المزارعةِ[3] به.

قال: وإذا ماتَ أحدُ المُتَعاقِدَيْن بطَلَتِ المزارعةُ.

وذلك لأنَّها نوعُ إجارةٍ، فتَبطُلُ بالموتِ كسائرِ الإجاراتِ.

قال: وإذا انقَضَتْ مُدَّةُ المزارعةِ[4]، والزرعُ لم يُدرَكْ، كان على الزارعِ أجرُ مثلِ نصيبِه مِن الزرعِ[5] إلى أن يَسْتحصِدَ.

وذلك لأنَّه بعدَ انقضاءِ المدةِ مُنْتفِعٌ بمِلْكِ غيرِه مِن غيرِ إذنٍ، وذلك لا يجوزُ، وفي قلعِ نصيبِه ضررٌ عليه، ويُمكِنُ إيفاءُ الحَقَّيْن بتَبْقيةِ الزرعِ إلى وقتِ الحصادِ، وإيجابِ أجرِ المثلِ، فكان أولَى مِن الإضرارِ بأحدِهما.

قال: والنَّفَقةُ على الزرعِ عليهما[6] [7]على مقدارِ حقوقِهما، وأجرةُ الحصادِ، والرِّفَاعِ، والدِّيَاسِ، والتَّذْريةِ عليهما[7] بالحصصِ.

وهذا الذي ذكَره على ثلاثةِ أوجهٍ؛ كلُّ ما[8] يحتاجُ إليه الزرعُ قبلَ بُلُوغِه

---

(1) بعده في (ي): «من».

(2) في (غ): «الإجارات».

(3) في (ي): «الإجارة».

(4) في (ش): «الإجارة»، وكتب فوقها «المزارعة».

(5) في (ش): «الأرض».

(6) في (أ٢، ش، غ، ق، ل، ي): «بينهما».

(٧-٧) ليس في (ع).

(8) في (ي): « كما».

مما يَصلُحُ به فهو على العاملِ، لأنَّ ذلك عملُ المزارعةِ، وهو معقودٌ عليه مِن جهةِ المُزارِعِ فيَختَصُّ به.

وكلُّ ما يحتاجُ إليه بعدَ تناهِي الزرعِ فهو عليهما؛ لأنَّه لم يَبْقَ على الزارعِ عملٌ والزرعُ مُشترَكٌ، والعملُ فيه يكونُ عليهما على قدرِ حِصَصِهما فكذلك النفقةُ.

وكلُّ ما يحتاجُ إليه بعدَ القسمةِ، فهو على كلِّ واحدٍ منهما (1في نصيبِه؛ لأنَّ نصيبَ1) كلِّ واحدٍ منهما قد تميَّز، فتكونُ نفقتُه عليه خاصةً.

قال: فإنْ شرَطاه في المزارعةِ على العاملِ فسَدتِ المزارعةُ[2].

يعني بذلك: الحصادَ والدِّياسَ، وهذا الذي ذكَره هو روايةُ «الأصلِ»[3].

وعن أبي يوسفَ أنَّه قال: إنْ شرَطا الحصادَ والدِّياسَ مِن الوسطِ جاز[4]، وكذلك إن شرَطاه على العاملِ. وهو اختيارُ أصحابِنا بخراسانَ[5].

وجهُ روايةِ «الأصلِ»[6]: أنَّ عقدَ المزارعةِ (7يقعُ على عملِ المزارعةِ7) الذي يحصُلُ به النَّماءُ، والزرعُ إذا تمَّ وتناهَى لم يَبْقَ هناك عملٌ يقعُ به[8] النَّماءُ والزرعُ

(1-1) في (ي): «بعد التسمية في نفسه لأن». (2) ليس في (ش).

(3) ينظر: «الأصل» (10/ 109)، و«المبسوط» (23/ 91، 111)، و«بدائع الصنائع» (6/ 181، 186).

(4) ليس في (ر).

(5) ينظر: «الهداية» (4/ 58)، و«الاختيار» (3/ 78)، و«تبيين الحقائق» (5/ 238).

(6) في (ر، س، ش، ع): «الأصول».

(7-7) ليس في (س).

(8) في (أ2، ي): «منه».



مشتركٌ، والنفقةُ[1] في المالِ المشتركِ عليهما، فإذا شرَطاه على العاملِ، فقد شرَطا عليه ما لا يَقْتَضِيه العقدُ فيُفْسِدُه.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ التَّعارُفَ قد حصَل أنَّ الحصادَ والدِّياسَ على العاملِ، فاسْتَحْسنوا في[2] جوازِ شرطِه لعُرْفِ الناسِ، كما اسْتَحْسنوا في الاستصناعِ.

وقد قالوا: إذا شرَط أحدُ المزارعين البَذْرَ لنفسِه، وأن يكونَ الباقي بينَهما، فهذه مزارعةٌ فاسدةٌ؛ وذلك لِما بَيَّنَّا أن جوازَ المزارعةِ ثبَت بالأثرِ، وذلك ورَد مِن غيرِ استثناءِ البذرِ، ولأنَّ الخارجَ كلَّه نماءٌ والبذرَ قد تلِف، فلو شرَط[3] ردَّ مثلِ البذرِ أدَّى إلى قطعِ الشركةِ عن بعضِ النَّماءِ، وذلك يُفسِدُ المزارعةَ.

وقد قالوا: لو أنَّ رجلًا دفَع بذرًا إلى رجلٍ ليزرعَه في أرضِه بنصفِ الخارجِ أنَّ المزارعةَ فاسدةٌ.

وعن أبي يوسفَ: إنها جائزةٌ[4].

وجهُ قولِهم المشهورُ: الأثرُ الذي رَوَيْناه في أربعةِ نفرٍ[5]، ولأنَّ هذا يُشبِهُ الشركةَ بالعروضِ، والشركةُ بالعروضِ فاسدةٌ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ استئجارَ الأرضِ ببعضِ الخارجِ جائزٌ، واستئجارَ العاملِ ببعضِ الخارجِ جائزٌ أيضًا، وفي مسألتِنا صاحبُ البذرِ استأجَرهما جميعًا، فإذا جاز اسْتِئجارُ كلِّ واحدٍ منهما جاز اسْتِئجارُهما.

---

(١) في (أ٢): «الزرع».
(٢) بعده في (ر): «العقد».
(٣) في (ر، ي): «شرطا».
(٤) ينظر: «المبسوط» (٢٣/ ١٢٠)، و«فتاوى قاضي خان» (٣/ ٨٦).
(٥) تقدَّم تخريجه.

وقالوا: لو شرَط في المزارعةِ عملَهما جميعًا فالمزارعةُ فاسدةٌ؛ لأنَّ البذرَ إنْ كان مِن قِبَلِ العاملِ فهو مُستأجِرٌ للأرضِ، فإذا شرَط عملَ صاحبِها، فلم يُسَلِّمْ ما أجَّر، وذلك يمنعُ صِحَّةَ الإجارةِ، وإن كان البذرُ مِن قِبَلِ ربِّ الأرضِ[1]، وشرَط عملَه، فلم يُخَلِّ بينَ المزارعِ وبينَ الأرضِ، ومِن شرطِ المزارعةِ التخليةُ، فصار كالمضاربةِ إذا شُرِط فيها عملُ ربِّ المالِ أنَّها تَفسُدُ، كذلك المزارعةُ.

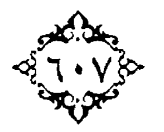
وقد قالوا: في رجلٍ دفَع إلى آخرَ أرضًا له[2] مزارعةً سَنَتَه[3] هذه بالنصفِ، ثم قال له ربُّ الأرضِ[4]: اكْرِبها وازرَعْها. فقال الآخرُ: ازرَعْها بغيرِ كِرَابٍ[5].

فإنِّي أنظرُ في ذلك؛ فإن كانتِ الأرضُ تُزرَعُ بغيرِ كِرَابٍ ويخرجُ زرعُها إلا أنَّ الكِرَابَ أجودُ، فذلك إلى الزارعِ؛ إن شاءَ كرَب وإن شاء لم يَكرُبْ، وإنْ كانَتْ لا تُخرِجُ زرعًا إلا بالكِرابِ لزِمه الكِرابُ، وإن كانَتْ تُخرِجُ شيئًا قليلًا، فإنْ كان مثلَ ما يَخرُجُ للناسِ جاز، وإنْ كان أقلَّ أَجبَرتُ[6] العاملَ على الكِرابِ.

وعلى[7] هذا إذا قال المزارعُ: لا أسقِي الزرعَ وأترُكُه حتى تَسْقِيَه السماءُ[8]. على التفصيلِ الذي بَيَّنَّاه، وذلك لأنَّ العقدَ وقَع على المزارعةِ، ولم يَشترِطْ فيها كيفيةَ العملِ، فيلزَمُه أدنَى ما يَتناوَلُه الاسمُ، فإذا كانَتْ تُنبِتُ بغيرِ كِرابٍ زرعًا

---

(١) في (ي): «المال».
(٢) من (ر، س، ض، غ، ق).
(٣) في (ش، غ): «سنة».
(٤) في (س، ي): «المال».
(٥) أي: بغير حرث، فالكَرْبُ: إِثَارَةُ الأَرْضِ للحَرْث. وكَرَبَ الأَرْضَ كَرْبًا: قَلَبَهَا، وأَثَارَهَا للزَّرْعِ، ومنه الكِرَابُ: وهو كَرْبُكَ الأَرْضَ حِين تَقْلِبُهَا، والأرض مَكروبَةٌ: أي: محروثة. ينظر: «تاج العروس» (٤/ ١٣٢) (ك ر ب).
(٦) في (أ٢): «أجبر».
(٧) ليس في: (ر).
(٨) بعده في (ر): «فهو».



يُقصَدُ مثلُه، فقد وُجِد ما يُسَمَّى مزارعةً، فلا يَستحِقُّ عليه أكثرَ مِن ذلك، وإنْ كان الذي يَنبُتُ قليلًا لا يُقصَدُ مثلُه[1]، أو لا يُنبِتُ شيئًا بغيرِ كِرابٍ ولا سَقْيٍ، فليس ذلك بعملِ المزارعةِ، فلا يكونُ للعاملِ الاقتصارُ عليه، ولو شرَط في المزارعةِ الكِرَابَ والسَّقْيَ لزِمه ذلك[2] على كلِّ حالٍ؛ لأنه شرَط عقدًا بصفةٍ، فلزِمه الوفاءُ به.

وقد قالوا: لو شرَط عليه الكِرابَ والتَّثْنيةَ[3]، أو شرَط عليه التَّسْميدَ فهو فاسدٌ[4].

وهذا على وجهَيْن: إنْ كان التَّسْميدُ والتثنيةُ يَبْقَى له أثرٌ ومنفعةٌ إلى السنةِ الثانيةِ فسَد العقدُ بشرطِه، ويصيرُ كمَن عقَد على مزارعةٍ، وشرَط على العاملِ أن (٥يَهَبَ له٥) شيئًا.

وإنْ كان لا يَبْقَى له منفعةٌ إلى السنةِ الثانيةِ، فشرطُه جائزٌ، وهو بمنزلةِ الكِرابِ والسَّقْيِ.

وقد قالوا: إنَّ لربِّ الأرضِ أن يَفْسَخَ المزارعةَ بالعُذرِ[6]، فإنْ فسَخها وقد كان العاملُ كرَب وحفَر الأنهارَ، فطالَب بنفقتِه لم[7] يَكُنْ له شيءٌ منها؛ وذلك لأنَّ المنفعةَ لا تَتقوَّمُ إلا بالعقدِ، ولم يُقوِّماها بعقدِ المزارعةِ؛ وإنما قَوَّماها بالخارجِ مِن الأرضِ، ولم يحصُلْ ذلك، فلا يَتقوَّمُ بغيرِه.

---

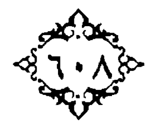
(١) من (أ٢، ق، ي). (٢) من (ي).

(٣) في (س، ع): «والثنية».

(٤) والتثنية: هي أن يكرب الأرض مرتين، أو أن يكربها بعد أن يحصد الزرع. وينظر: «المبسوط» (٢٣/ ٣٩، ٤٠)، و«بدائع الصنائع» (٦/ ١٨١)، و«المحيط البرهاني» (٧/ ٤٧٠).

(٥-٥) في (ي): «يهبه». (٦) في (ش): «لعذر»، وفي (ي): «أحد».

(٧) في (ي): «ولم».



[illegible]

وقد [illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

[illegible]

وقد قالوا: لو انقَضَتْ مُدَّةُ المزارعةِ (١ والزرعُ بَقْلٌ ١) لم يَبلُغْ[٢] فالزرعُ بينَهما، والعملُ فيما بقِي حتى يبلغَ عليهما، وعلى العاملِ أجرُ مثلِ الأرضِ، وذلك لأنَّ المُدَّةَ لمَّا مَضَتْ وجَب قلعُ الزرعِ، إلا أن[٣] في قلعِه ضررًا، وفي تَبْقيَتِه بالأجرِ إيفاءَ حقِّهما، فتُرِكَ على حالِه، كما قالوا في العاريةِ والإجارةِ إذا انقَضَتِ المُدَّةُ وفي الأرضِ زرعٌ، وإذا بطَلَتِ المزارعةُ كان العملُ بعدَ ذلك عملًا في مالٍ مُشتَرَكٍ فيكونُ عليهما.

ولا يُشبِهُ هذا موتَ ربِّ الأرضِ؛ لأنَّ هناك موتَه أوجَب فسخَ العقدِ، إلا أنا أبقيْنا العقدَ للعذرِ؛ (٤ لأن هذا العقدَ لمَّا جاز فسخُه للعُذْرِ جاز تَبْقيتُه للعُذْرِ، وإذا بقِي العقدُ ٤) كان العملُ عليهما[٥] على ما اقْتَضاه العقدُ، وهذا كما نقولُ في الجَمَّالِ إذا مات في بعضِ الطريقِ: إن المستأجرَ يمضِي إلى مكة[٦] بالمُسمَّى[٧]، فأبقَوا العقدَ للعُذْرِ، كما فسَخوه للعُذْرِ.

والله أعلم

(١-١) في (س): «وفي الأرض بقل»، وفي (ع): «والزرع بقل لهما».

(٢) في (ش): «يدرك».

(٣) هنا انتهى الجزء الأول من النسخة (ل)، ويبدأ الجزء الثاني من أول كتاب المساقاة.

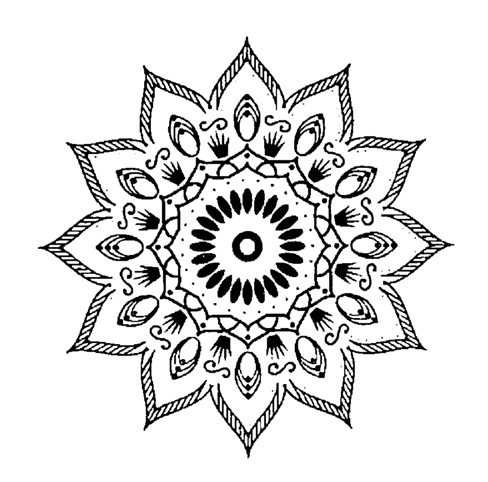
(٤-٤) ما بين القوسين ليس في (ع).

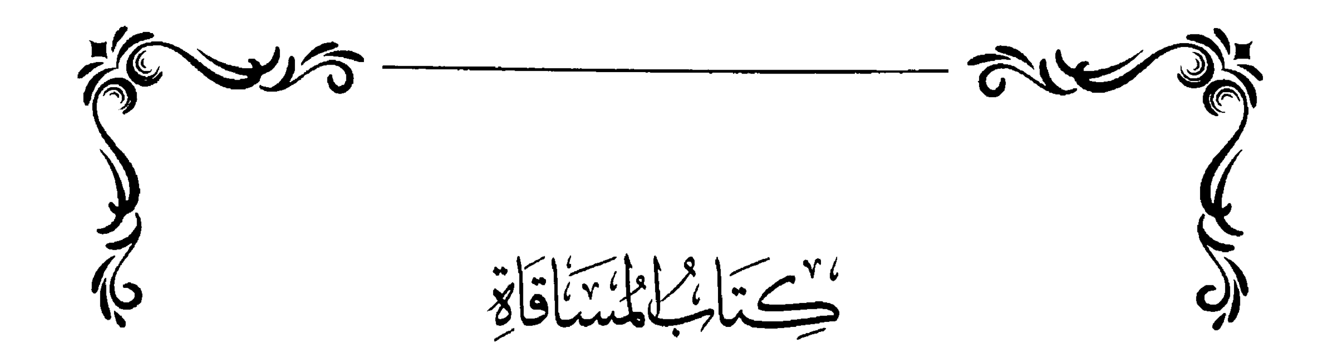
(٥) في (ر، س): «على العامل».

(٦) في (ح، ض، غ): «ملكه».

(٧) في (ي): «بالمشي».

كِتَابُ المُسَاقَاةِ





كتاب المساقاة

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: قال أبو حنيفة: المُساقاةُ بجزءٍ مِن الثَّمرةِ باطلةٌ. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: هي جائزةٌ إذا ذكَر مُدَّةً معلومةً، وسَمَّى جزءًا مِن الثمرةِ مُشاعًا[1].

وقال الشافعيُّ: يجوزُ في النخلِ والكرمِ. هذا قولُه في[2] الجديدِ، وقال في القديمِ: يجوزُ في كلِّ شجرةٍ لها ثمرةٌ[3].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: حديثُ رافعِ بنِ خَدِيجٍ: «أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى عن المخابرةِ»[4].

قال ابنُ الأعرابيِّ: المخابرةُ مُشْتقَّةٌ مِن مُعامَلةِ رسولِ اللَّهِ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أهلَ خيبرَ، (5ثم صارَتْ لغةً5) (6مُسْتعمَلةً، فقيل للأَكَّارِ: خبيرٌ6).

(١) ينظر: «الهداية» (٤/ ٥٩)، و«العناية» (٩/ ٤٧٨)، و«البناية» (١١/ ٥٠٩).

(٢) من: (ر).

(٣) ينظر: «الأم» (٥/ ١٤)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٢٣)، و«الحاوي» (٧/ ٣٦٤)، و«المهذب» (٢/ ٢٣٧)، و«البيان» (٧/ ٢٥٣).

(٤) تقدَّم تخريجه.

(٥-٥) ليس في (ر).

(٦-٦) ليس في (ر)، وفي (ي): «مخابرة وأما العامل فقيل له الأكار في أرض خيبر وهو الحراث». وينظر: «اللسان» (٤/ ٢٢٨) (خ ب ر).

وإذا تناوَل الاسمُ المزارعةَ والمساقاةَ جميعًا دخَلا تحتَ النهيِ، ولأنه شرَطَ في مقابلةِ عملِه بعضَ ما يخرُجُ مِن نخلِه فلا يجوزُ، كما لو قال: اعمَلْ في هذه النخلةِ على أن لك ما تُخرِجُ هذه الأخرى.

ولأنه عقدٌ لا يَصِحُّ مِن غيرِ ذكرِ مُدَّةٍ، فلم يَجُزْ بثمرةٍ معدومةٍ[1]، أصلُه الإجارةُ، وعكسُه الخُلْعُ.

وجهُ قولِهما: حديثُ ابنِ عباسٍ: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فتَح خيبرَ، واشترَط أن له الأرضَ و[2]كلَّ صفراءَ وبيضاءَ. فقال أهلُ خيبرَ: نحن أعلمُ بالأرضِ منكم، فأَعْطِناها على أن لكم نصفَ الثمرةِ ولنا النصفَ»[3].

الجوابُ: أن هذا لم يكنْ على طريقِ المُساقاةِ؛ بدليلِ أنه لم يذكُرْ مَدَّةً معلومةً، وقال: «نُقِرُّكم فيها ما شِئْنا». رواه ابنُ إسحاقَ[4]، ورُوِي[5]: «نُقِرُّكم ما أقرَّكم اللَّهُ»[6]. وهذا لا يجوزُ شرطُه بالاتفاقِ، فاحتَمل أن يكونَ النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جعَل جِزْيَتَهم العملَ في الأرضِ، ودفَع إليهم سهمًا[7] من الثمرةِ على طريقِ

---

(١) في (ي): «معلومة».

(٢) في (غ): «في».

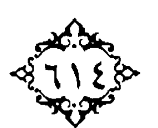
(٣) أخرجه أبو داود (٣٤١٠)، وابن ماجه (١٨٢٠).

(٤) رواه ابن إسحاق، عن ابن شهاب مرسلًا، بلفظ: «وأقركم ما أقركم اللَّه». كما في «سيرة ابن هشام» (٢/ ٣٥٦). وهو عند البخاري (٢٣٣٨، ٣١٥٢)، ومسلم (١٥٥١) من طريق موسى ابن عقبة، عن نافع، عن ابن عمر، بلفظ: «نقرُّكم بها على ذلك ما شئنا».

(٥) في (ر): «قال».

(٦) أخرجه البخاري (٢٧٣٠) من حديث عمر.

(٧) في (ي): «شيئًا».



المعونةِ، وللإمامِ أن يدفعَ إلى أهلِ الذمةِ إذا لم يجِدوا شيئًا، على طريقِ المعونةِ.

وإذا ثبَت من أصلِ أبي يوسفَ، ومحمدٍ جوازُها، لم تَصِحَّ إلا على مدةٍ معلومةٍ؛ لأنها[1] نوعُ إجارةٍ، فلا تصِحُّ إلا على مدةٍ معلومةٍ كسائرِ الإجاراتِ[2].

وقد قالوا: لو دفَع رجلٌ إلى رجلٍ نخلًا، ولم يَذْكُرْ مدةً معلومةً كان على أولِ ثمرةٍ تخرُجُ مِن[3] أولِ سَنَةٍ استحسانًا؛ لأن العقدَ يقعُ على العملِ في الثمرةِ، ولكلِّ ثمرةٍ وقتٌ معلومٌ تبتدِئُ فيه وتنتهِي؛ فالثمرةُ الأولى مُتيقَّنٌ دخولُها في العقدِ، فجاز فيها العقدُ، وما بعدَ ذلك غيرُ مُتيقَّنٍ، فلم يَصِحَّ العقدُ فيه.

وأمَّا قولُه: وسَمَّى جزءًا مِن الثمرةِ مُشاعًا[4]. فهو على ما بَيَّنَّاه في المزارعةِ.

قال: وتجوزُ المساقاةُ في النخلِ والشجرِ والكرمِ والرِّطابِ وأصولِ البَاذِنْجانِ.

وذلك: «لأنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عامَل أهلَ خيبرَ على نصفِ الثمرِ»[5]، وهي بلادٌ كثيرةٌ، فالظاهرُ أنها تَعُمُّ هذه الأنواعَ، ولأنَّ المساقاةَ جُوِّزتْ للضرورةِ، وذلك موجودٌ في جميعِ ما ذكَرْناه.

قال: فإن دفَعْ نخلًا فيه ثمرةٌ مُساقاةً[6]، والثمرةُ تزيدُ بالعملِ جاز، وإن كانَتْ قد انتهَتْ لم يَجُزْ.

---

(١) في (ر): «لأنه».

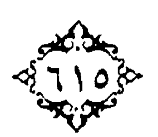
(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٣/ ٣٧٩، ٣٨٠)، و«التجريد» (٧/ ٣٥٥٦، ٣٥٥٧)، و«الهداية» (٤/ ٥٩).

(٣) في (ع): «في».

(٤) في (س): «مساقاة».

(٥) تقدَّم تخريجه.

(٦) هنا انتهت النسخة (ح٢).



وذلك لأنَّ العاملَ يَستحِقُّ بعضَ الثمرةِ بعملِه، فإذا كان لعملِه تأثيرٌ (١في زيادةٍ١) جاز العقدُ، كما يجوزُ قبلَ وجودِ الثمرةِ، وأمَّا إذا تناهَتِ الثمرةُ مثلَ أن تَصفَرَّ وتَحمَرَّ إلا أنها لم تَترطَّبْ، فإنَّه لا يكونُ للعاملِ تأثيرٌ ولا زيادةٌ لعملِه، فيَفسُدُ العقدُ، ويكونُ له أجرُ مثلِه إن عمِل.

قال: وإذا فسَدتِ (٢المساقاةُ فللعاملِ أجرُ مثلِه.

وذلك لأنها عقدُ إجارةٍ، والإجارةُ إذا فسَدتْ٢) وجَب فيها أجرُ المثلِ، (٣ويَبطُلُ المُسمَّى٣).

قال: وتَبطُلُ المساقاةُ بالموتِ، وتُفسَخُ بالأعذارِ، كما تُفسَخُ الإجارةُ(٤).

وذلك لأنها نوعُ إجارةٍ فأبطَلها الموتُ، وفُسِختْ بالعُذْرِ كسائرِ أنواعِ الإجاراتِ.

وقد قالوا: لو دفَع أحدُ الشَّريكَيْنِ النخلَ والشَّجرَ إلى شريكِه مُساقاةً لم يَجُزْ، ولا أجرَ له إن عمِل، وما خرَج مِن الثمرةِ فهو بينَهما بقَدْرِ مِلْكِهما؛ وذلك لأن المساقاةَ عقدُ إجارةٍ، واستئجارَ أحدِ الشَّريكَيْنِ على العملِ فيما هو شريكٌ فيه لا يَصِحُّ، ولا يجِبُ له(٥) أجرٌ؛ لأنَّ العملَ وقَع لنفسِه، وإذا لم يَصِحَّ العقدُ

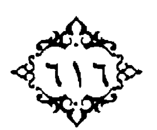
(١-١) في (ح، ض، غ): «وزيادة».

(٢-٢) ما بين القوسين ليس في (ع).

(٣-٣) ليس في (ش).

(٤) هنا ينتهي الجزء الأول من النسخة (ق)، ومن قوله: «الرطاب وأصول الباذنجان...». إلى هذا الموضع كتب بقلم حديث مغاير لقلم الناسخ، ويبدأ الجزء الثاني منها بكتاب النكاح.

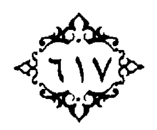
(٥) في (ح، ض، غ): «به».

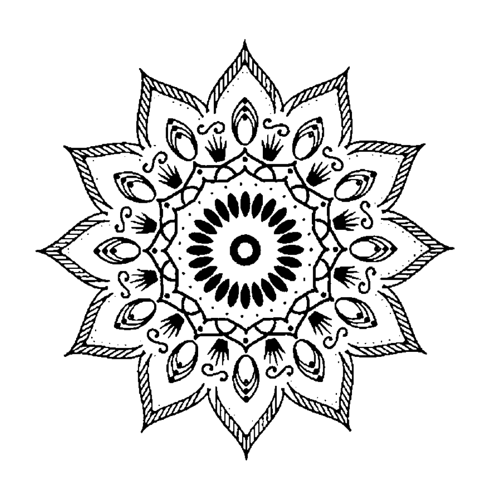


كان الخارجُ بينَهما على قدرِ المِلْكَيْنِ؛ لأنه نمَا مِن مِلْكِهما.

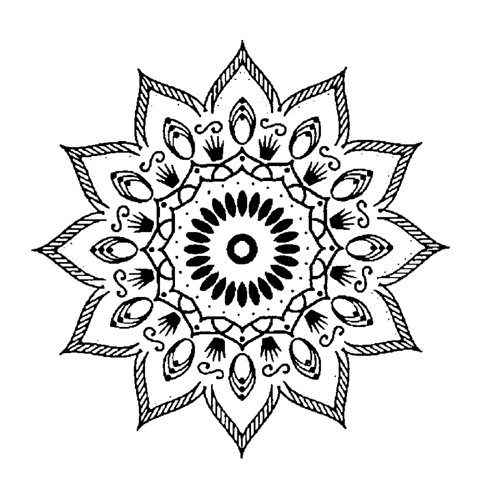
والله أعلم(١)

(١) هنا ينتهي الجزء الأول من (أ٢، ح، ض، ض٢، غ، ي)، وأشار في نهاية (ي) أن الذي يليه هو كتاب النكاح، وقال في حاشية (ح): «بلغ مقابلة على الأصل المنقول منه، وعلى نسخة أخرى بحسب الطاقة والإمكان، ولله الحمد والمنة».





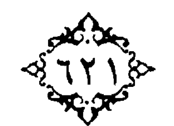
فهرس المسائل الفقهية



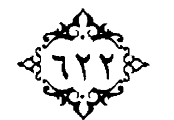
فهرس المسائل الفقهية

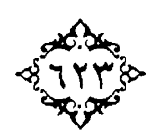
المسألة الصفحة

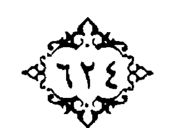
كتاب الحجر



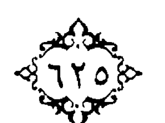
كتاب الإقرار

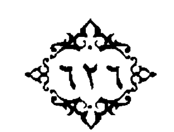


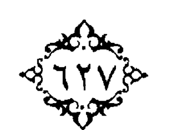




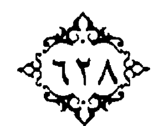
كتاب الإجارة







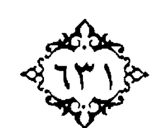
كتاب الشفعة



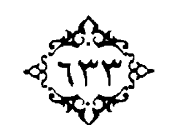
كتاب الشركة



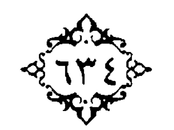
كتاب المضاربة



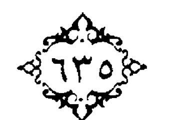
كتاب الوكالة



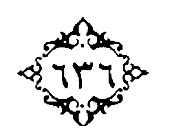
كتاب الكفالة



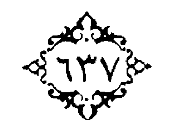
كتاب الحوالة



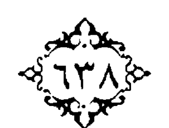
كتاب الصلح



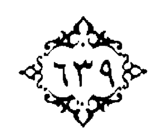
كتاب الهبة



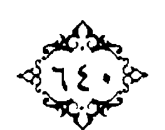
كتاب الوقف



كتاب الغصب

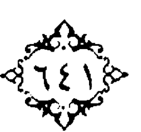


مسائل متفرقة

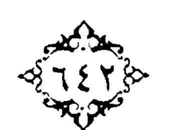


كتاب الوديعة

كتاب العارية



كتاب اللقيط



كتاب اللقطة

كتاب الخنثى



كتاب المفقود

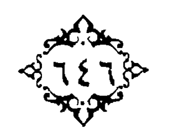
كتاب الإباق

كتاب إحياء الموات

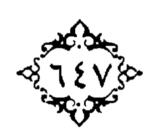


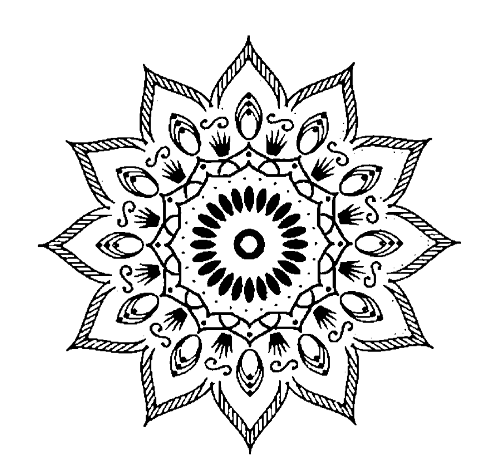
كتاب المأذون

كتاب المزارعة

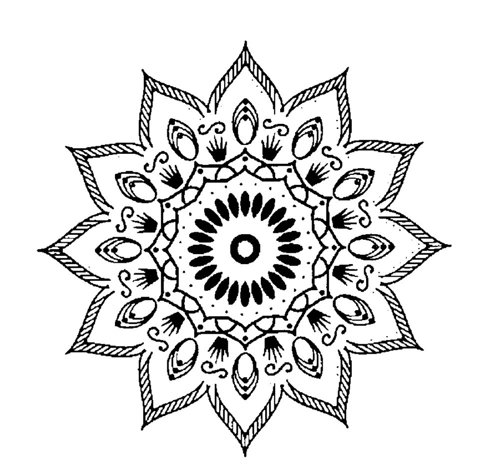


كتاب المساقاة



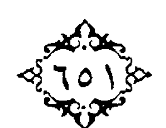


فِهرِسُ المُحتَوَيَاتِ



فهرس المحتويات

الموضوع | الصفحة






تم بحمد الله

